جامعة الجزائر1

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

إلحاق نسب ولد الزنا
بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري
دراسة مقارنة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب: جلول عمارة

1431-1432 هـ

2010- 2011م

جامعة الجزائر 1

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

إلحاق نسب ولد الزنا
بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري
دراسة مقارنة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب: جلول عمارة

إشراف:

أ. د : نصيرة دهينة

أعضاء لجنة المناقشة:

الدكتور : كمال أوقاسين	**رئيسا**
الأستاذة: نصيرة دهينة	**مقررا**
الدكتورة: غنية كيري	**عضوا**
الدكتور: جمال كركار	**عضوا**

1432-1431هـ

2010- 2011م

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـداء

أهدي هذا العمل إلى:الوالدين الكريمين

الوالدة رحمها الله التي تحملت مشاق الحياة من أجل تعليمي.

وإلى روح الوالد رحمه الله الذي نقش على صفحات فؤادي آيات القرآن

الكريم.وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا.

وإلى الزوجة الصابرة أم عبد الرحمن التي صبرت معي

طيلة هذه السنوات.

إلى أبنائي عبد الرحمن، أسماء وشفاء وهند.

شكر و تقدير

أشكر الله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل.

وأخص بالشكر الجزيل أستاذتي الفاضلة الدكتورة نصيرة دهينة التي تكرمت بالإشراف على هذه المذكرة فكانت سندا و معينا على إتمام هذا العمل، وساعدتني كثيرا بما أوتيت من علم فكان منها التسديد والتصويب والتشجيع.

كما أشكر أساتذتي بالكلية الذين استفدت منهم الكثير وخاصة الأستاذ موسى اسماعيل الذي ساعدني وأرشدني.

كما أخص بالذكر الأستاذ عبد القادر بن عزوز الذي نلت منه نصائح جمة وتوجيهات مهمة زادت حرصي و مواصلتي.

كما أزف الشكر إلى عميد الكلية والنائب له بقسم ما بعد التدرج وكافة أساتذتي بالكلية وإلى عمال الإدارة والمكتبة و الأعوان.

وإلى أستاذنا الشيخ القدوري الميلود بن الصافي الذي فتح لي أبواب بيته وسخر لي مكتبته، وإلى شيخنا الجليل المحترم الحاج محمد الطاهر قوادري أطال الله في عمره.

وإلى زملائي بالكلية ومكان العمل من الأئمة ورواد المسجد.


المــقــدمــة

الحمد لله بارىء النسمات، رب الكائنات ومرسل الرحمات، والصلاة والسلام على من جاء بالبينات وخاتما للرسالات، وعلى آله وأزواجه وأصحابه الطيبين الطاهرين إلى يوم الدين.
أما بعد:

فإن تكريم الله للإنسان شمل جميع مراحل الحياة منذ أن كان ماء يتدفق من بين الصلب والترائب إلى أن يصير نسمة حية له جميع الحقوق الإنسانية والشرعية.

لقد اعتنى الإسلام بحماية أفراد المجتمع، واقتضت قواعد الشرع وأصوله المحافظة على النوع الإنساني، وكفالة جميع الحقوق له منها حق الإنتساب، ومن أجل ذلك اقتضت حكمة الله تشريع الزواج، لحماية حياة الناس من الإهتزازات وصونها من الإنفلات والتقاطع، فرباط الزوجية ذلك الميثاق الغليظ، ضم في جوانبه روابط المجتمع الرئيسية :(الأمومة والأبوة والبنوة ،والأخوة) وما دونها من العصبات.

والنسب والقرابة محور الروابط الإنسانية، فقد اعتنى الإسلام بهذه الرابطة وجعلها مبدأ الحقوق وفرض لها وسائل شرعية لإرساء نظام لمجتمع الإنساني في كافة جوانبه دونما خلل، وأشار قانون الأسرة المعدل في مواده(40 إلى 46) إلى أحكام تلك الرابطة، وأحال في المادة(40)على الوسائل الحديثة في توجيه الأحكام إثباتا ونفيا، وتباينت آراء الفقهاء في العالم الإسلامي في ظل هذه النوازل الحادثة بين مجيز لتلك الوسائل ومرحب بها، كدليل قاطع لا يواجهه دليلا، وبين مستأنس بها دونما أن يكون لها أثر كبير في زحزحة الأحكام المتقدمة عليها، على أن قاعدة الشرع دوما في جلب المصالح ودرء المفاسد، دون إفراط أو تفريط، وأن ما توصل إليه العقل البشري في أرقى صوره ما هو إلا رشح من رشحات ديننا القويم الذي يقول فيه رب العزة:﴿سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِي ٱلْآفَاقِ وَفِيٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ﴾[سورة فصلت الآية:53].

ولأهمية النسب في حياة الأمم فقد اعتنى به الأولون كما اعتنى به الآخرون.
وقد اخترت أن يكون عنوان البحث« إلحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة» وقد مزجت فيه بين المادة الفقهية الشرعية، والحقائق العلمية والطبية

الحديثة، وما توصل إليه كلا الطرفين من نتائج ثم ما يتعلق بولد الزنا من أحكام فقهية وقانونية أهمها النسب والولاية والإرث والمحرمية والحدود.

1. أهمية الموضوع:

إن موضوع النسب له أهميته ومكانته الخاصة في التشريع، فهو أولا وقبل كل شيء حق لله تبارك وتعالى لم يجعله نهبا للعواطف والأهواء، وعرضة للآراء والتوجهات، بل صانه عن كل تحريف أو انتحال.

ولمكانته العالية فقد أشار إليه النبي × في كثير من الأحاديث.

وهو أيضا حق الولد الذي يحرص عليه بل ويبذل أقصى ما يملك لوصل نسبه، ودفع ما يلحقه من أذى الناس، كما أنه حق الزوجين معا يحرصان عليه إيجادا أو نفيا، ويذودان عنه باعتبار أنه الشرف الذي يجب أن يصان ولو بإراقة الدم، كما هو حد المساس به في الفقه الإسلامي.

والنسب أحد الكليات الخمس التي جاءت الشريعة لحفظها تتوقف عليها مصالح الناس في بناء لمجتمع ونقاوته وقوته، فهو يمثل خمس الإسلام.

وللموضوع أهمية كبيرة في معالجة القضايا المعاصرة الراهنة التي باتت تهدد كيان المجتمع الإسلامي بله جميع المجتمعات، كل على حسب دينه ومعتقده ونظامه، فهوس الكشف الجيني أصبح يهز أركان المَلِكية ويشكك في انتماء بعض أفراده الأسرية من هو حقيق النسب، ومن هو زائف بعيد نسبه عن الأفراد التي ملكت والتي تملك حاضرا.

أما في العالم الإسلامي فإن الأمر يختلف تماما، فقضية النسب تمس كامل أفراد الأمة، لا فرق بين تابع ومتبوع ورئيس ومرؤوس، لأن المسلم حريص على نقاوة نسبه كحرصه على دينه أو أشد، وذلك في جميع مناحي الحياة؛ في بناء الأسر ورئاسة الشعوب وإمامة الناس في الدين والدنيا.

ولا تجد أحدا لا يدافع عن أصله إلا دنيء النسب، وهذا أمر عرفته العرب في جاهليتها فكان الفخر أو التنابز والغمز في الأنساب، فلما جاء الإسلام زاده متانة واعتبره موضع الرفعة أو الدُّون، وأحاطه بالرعاية وحرم الطعن واللمز والتنابز بالألقاب والتفاخر بالأجداد.

إن موضوع النسب لا كما قيل: علم لا ينفع وجهالة لاتضر، بل هو علم ينفع وجهالة تضر في بعض جوانبه كما بين المحققون من العلماء.

فمعرفة الأنساب أصل علم الفرائض، وتاريخ الأمم، وسيرة الأنبياء، فقد ذكرالله أنسابهم ومواليدهم، وآبا ءهم، وأزواجهم وذرياتهم، وإخوانهم، ومن معرفة الأنساب تبنى أحكام واجبة عينية منها ما هو على فرض الكفاية، ومنها ما هو فضل.

والموضوع لا يقل أهمية في جانبه الإجتماعي؛ فللنسب أثر في حياة الإنسان كونه إنسانا ذكرا كان أو أنثى زوجا كان أو أرملا أو مطلقا، إبنا أو أبا أو أخا، فإن كلا من هذه الروابط الأسرية (الأبوة والبنوة والأخوة)لها حقوق وواجبات يجب أن تبذل لأصحابها؛ فالشرع الحنيف لم يترك فراغا إنما ضمن الحقوق وأوكل حفظها إلى أصحابها ضمن النصوص العامة من الكتاب والسنة، وجتهاد المجتهدين في الأحكام الجزئية.

وما أصاب الأمة في عصرنا من الظلم والحرمان، وقطع الأرحام وضياع الحقوق، وعدم التناصر والتقاطع والتدابر، إلابسبب غياب الوازع الديني والأخلاقي، ما أدى إلى هدم الأسر، وانفصال الأزواج وتشرد الأولاد، وهجران الأقارب وعدم البر بالوالدين.

وولّد هذا الوضع حالات من الإضطهاد والعبودية، وسلب الحقوق وتدني الأخلاق، وفقدان الحياء وانتشار أبناء الزنا، ما يستدعي استنهاض الهمم لرأب هذا الصدع، وإيقاف زحف الرذيلة وإحياء الفضيلة والحد من الفواحش، فقد قال× : « لا تزال أمتي بخير متماسك أمرها ما لم يظهر فيهم ولد الزنا فإذا ظهروا خشيت أن يعمهم الله بعقابه».رواه الطبراني في المعجم الكبير.

2 . أسباب اختيار الموضوع

أ . الأسباب الشخصية:

ـ جدية هذه المادة العلمية هو ما دفعني للإطلاع والوقوف على الجديد من العلوم القانونية، الفقهية والعلمية، والإكتشافات الطبية الحديثة، التي تدفع إلى البحث والدراسة وصولا إلى الأحكام الشرعية.

ـ اهتمامي بشؤون الأسرة والمجتمع وما يستجد من ذلك من المسائل التي لها ارتباط بحياة الناس ومشكلاتهم، وباعتباري إماما تطرح عليه مثل هذه الأسئلة وغيرها، فأجد نفسي مدفوعا لمعرفة حقائقها والإطلاع إلى حد ما.

ـ المشاركة في الميدان العلمي والتربوي، ومواصلة التعلم، فإنه رسالة الأنبياء، لاسيما في عصرنا عصر العلوم ينبغي للمسلم أن يستزيد من ذلك، وخاصة ما يقابل هذه العلوم في شريعتنا من الفقه والإعجاز العلمي في الكتاب والسنة.

ب . الأسباب الموضوعية

ـ تأخر التقنين الجزائري في مجال إنشاء منظومة قانونية تحدد كيفيات الاستفادة من الوسائل العلمية والإكتشافات الطبية الحديثة، حتى أصبح هذا الموضوع يُطرح بإلحاح بالنظر إلى غالبية الدول العربية التي خطت في هذا الميدان خطوات، فأصبح لزاما على طلبة العلم والباحثين أن يولوا هذا الموضوع عناية خاصة ويقدموا للمجتمع حلولا واقتراحات مناسبة.

ـ بعض الممارسات الطبية طفت على مسرح الأحداث من الإجهاض، ومنع الحمل وبعض الطرق المحرمة وجب على الباحثين إزالة اللبس وتبيين ما يجوز منها وما لا يجوز.

ـ تسخير الوسائل الطبية في أغراض مختلقة لم يقدروا قدرها ولم يقفوا عند حدود شرع أو أوامر قانون، من ذلك التلقيح الإصطناعي (أطفال الأنابيب)، وبنوك المني، وإجارة الأرحام وبيع الأجنة والتحليل الجيني لمعرفة الأنساب والكشف عن الأمراض، وغيرها ...

. الأثر الكبير الذي تركه اكتشاف البصمة الوراثية ما جعل كثيرا من الأمهات يتطلعن إلى طلب التحاليل لإلحاق أولادهن بمن عاشروهن، فوجب بيانُ حدِّ الحِلِّ والحرمة في ذلك، وإغلاق باب الريبة والشك، والفتنة والفساد.

3 . إشكالية الموضوع:

هذا الموضوع محاولة للإجابة عن إشكالية رئيسية تتمثل أساسا هل يجوز إثبات النسب بالطرق العلمية (البصمة الوراثية)؟ وما مدى حدود ذلك على ضوء الفقه والقانون؟ وهناك إشكالات ثانوية أخرى تتمثل فيما يلي:

1- ما مكانة النسب في الفقه الإسلامي، وما مدى تأثيره في ثبات الأسرة واستقرارها.

2- ما حدود النسب الشرعي وأسبابه الشرعية والعلمية الحديثة وهل لنا من إعادة للنظر في بعض جزئياته، أو تأسيسه على قواعد علمية بحتة دون اللجوء إلى قواعد الفقه.

3- ما موقف الإسلام من المستجدات العلمية وما هي الضوابط الشرعية التي ينبغي الإحتكام إليها حيال الوسائل العلمية لجلب المصالح واجتناب المفاسد؟، دون المساس بقدسية التشريع الإسلامي.

4- هل في الإمكان التقنين على ضوء المكتشفات العلمية لوصل الأنساب والقضاء على بعض الظواهر كالأبناء المشردين واللقطاء وأبناء الزنا؟، أو على الأقل إثبات التكاليف لما يسمى في الغرب بالأب البيولوجي، والقاعدة الفقهية التي تقرر «الغرم بالغنم».

5- كيف نوفق بين الأخذ بالبصمة الوراثية من عدم الأخذ بها في التهمة في النسب كحالة التبني وفي جرائم العرض (الزنا) و الجرائم الأخرى...؟

4 . الدراسات السابقة

لم أقف على رسالة جامعية عالجت الموضوع من جميع جوانبه وبكل جزئياته ، وإنما وقفت على بعضها كل قد درس الموضوع من جانب معين، فمنه الشرعي والقانوني ومنه الشرعي فقط ومنه الطبي من هذه الرسائل:

1. رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة بمصر بعنوان:(البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الشرعية)للباحث خليفة علي الكعبي، قدمها للحصول على الدكتوراه، من جامعة القاهرة كلية الحقوق،2002ـ 2003م، طبع دار النفائس.

ركز الباحث على الجانب العلمي والعملي؛ فأما الجانب العلمي فقد تعرض بالشرح و التبسيط للمادة العلمية الخاص بالخلية دراسة علمية جعلها كمدخل ومقدمة لبحثه، قسم بحثه إلى ثلاثة أبواب وخاتمة، تعرض في بحثه إلى الجوانب الفنية للبصمة الوراثية، ثم ذكر الجانب العملي أو البصمة الوراثية في مجال القضاء، ثم تعرض بالبحث إلى إثبات النسب في الفقه الإسلامي وأتى على قواعده وأسبابه وطرق إثباته وأتى على جميع الطرق ثم لخص وقارن بين هذه الأدلة والبصمة الوراثية مقارنة إجمالية ثم ذكر نفي النسب بالطرق الشرعية وطريق البصمة الوراثية، الشيء الذي ركز عليه الباحث في هذه الرسالة الجانب العملي (موقف القضاء)، وأعطى ملاحظات اعتمد عليها في بحثه حيث خلص إلى تضارب الأحكام وعدم استقرارها، ومن ثم عدم جدوى الوسائل الحديثة، خلا البحث عن ذكر القوانين المنظمة لهذه المكتشفات وأثرها في التغلب على الجرائم، كذلك لم يتعرض إلى أحكام ولد الزنا والجوانب الفقهية المتصلة به.

2 . رسالة دكتوراه لصاحبها بورقعة سفيان عمر بعنوان :((النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دراسة فقهية تحليلية)) وهي رسالة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه الإسلامي نوقشت بقسم الفقه وأصوله بكلية معارف الحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بتاريخ 2005/03/29م.

قسم الباحث بحثه إلى بابين: تعرض في الباب الأول إلى ثبوت النسب في الفقه الإسلامي والباب الثاني إلى ذكر المستجدات العلمية.

تميز البحث في جوانبه العلمية بالدقة والإلمام بعيدا عن الإطناب فألقى على كل جزئية من جزئيات النسب تعرض إلى ذكر النسب الشرعي في التراث الفقهي .

وفي الباب الثاني تعرض إلى المستجدات العلمية بما في ذلك البصمة الوراثية، و الاستنساخ وغرس الأعضاء التناسلية وأثرها على النسب.

غير أن الباحث لم يول الجانب القانوني والتطبيقي أهمية فجاءت الرسالة خالية من هذا الجانب وكذلك ما يترتب على النسب من حقوق الإرث والأحكام المتعلقة بالولد غير الشرعي.

3- رسالة تحت عنوان ((البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)) للدكتور حسني محمود عبد الدايم من كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، (الطبعة الأولى 2008م، نشر دار الفكر الجامعي – الإسكندرية) وهو بحث ضخم جمع فيه صاحبه كل ما كتب عن البصمة الوراثية من طريق البحوث والمقالات والصحف والأنترنات والكتب العلمية ، فكان بحثا من ألف صفحة يمتاز بكثرة النقول وعدم التمحيص ركز الباحث على ذكر البصمة الوراثية وتحليلاتها وقسم الكتاب إلى ثمان مباحث ركز في أربعة مباحث في التعريف بالبصمة الوراثية واكتشافها وحكمها وطرق تحليلها.

و ذكر التكييف القانوني والشرعي للبصمة الوراثية وتعرض للتطبيق العملي للبصمة (كإثبات الحدود في مجال الطب والنبات،وحكم إقامة الحدود والتعازير).

تعرض إلى التطبيقات في مجال إثبات ونفي النسب وتحقيق الشخصية(تعرض إلى الجنسية والمفقودين) .

وتعرض إلى المشاكل والصعوبات التي يثيرها تطبيق البصمة الوراثية في القانون و الفقه وفي الأخير تطرق إلى ملفات جديدة ظهرت بظهور هذا المكتشف.

5 . منهج البحث :

اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي والمقارن.

– الاستقرائي يتمثل في تتبع وجمع القضايا الفقهية: في أبواب الفقه الإسلامي وكذا التطبيق المعاصر للمستجدات الفقهية الحديثة المتعلقة بالموضوع.

– التحليلي: القيام بدراسة ومحاولة التعرف على كل جزئية من جزئيات المسائل على بساط المناقشة والترجيح وإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها.

– المقارن: بالرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية في المذاهب المعتمدة المشهورة، فإن كانت المسألة حديثة وجب الرجوع في ذلك إلى البحوث المعاصرة العلمية والشرعية بما فيها رأي الأطباء في القضايا الطبية.

– مقارنة الرأي الفقهي بما اختاره التقنين الجزائري وكذا التقنين في بلدان أخرى إن أمكن ذلك.

واعتمدت في إنجاز هذا البحث على منهجية توفر الخصائص التالية:

1- عرض الآراء الفقهية وفق كل مذهب وذلك بالرجوع إلى أمهات الكتب المعتمدة على حسب المذاهب.

2- عزو الآيات القرآنية بذكر إسم السورة ورقم الآية وفق رواية ورش عن نافع.

3- تخريج الأحاديث من الصحيحين (البخاري ومسلم)فإن لم أجد فكتب السنن والآثار.

4- التعريف بالأعلام الذين وردت أسماؤهم في ثنايا البحث بترجمة موجزة والتزمت بعدم الترجمة للخلفاء الأربع وأزواج النبي أمهات المؤمنين وأئمة المذاهب الأربعة لشهرتهم المستفيضة والمعاصرين من العلماء.

5- التخريج الأول للكتاب بذكر الكتاب ومؤلفه والتحقيق إن كان محقق، وذكر عدد الطبعة ودار النشر، وتاريخ الطبع فإن لم يذكر رمزت لها بهذه الحروف د.ت.ط.

6- وضع فهارس علمية في آخر البحث لتسهيل الرجوع إلى صفحاتها في هذه الرسالة وهي كالتالي: فهرس الآيات القرآنية، فهرس الأحاديث،فهرس المواد القانونية، فهرس الأعلام، فهرس المصادر والمراجع وفهرس المصطلحات وفهرس الموضوعات، وملخص باللغتين العربية والفرنسية.

6 . خطة البحث

حوت المذكرة مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة: وذكرت فيها أهمية الموضوع وأسباب اختيار الموضوع وإشكالية البحث.

الفصل الأول مفاهيم أساسية للنسب

وتطرقت فيه إلى بيان أنواعه فقها وقانونا ثم تطرقت إلى أسبابه بما في ذلك الزواج الصحيح وشروطه، فقها وقانونا ثم الزواج الفاسد وشروطه والوطء، ونكاح الشبهة وصوره.

قسمته إلى ثلاث مباحث، فالأول حول المفهوم والمبحث الثاني ذكرت فيه أسباب النسب والمبحث الثالث ذكرت فيه نفي النسب الشرعي وولد الزنا وتحت كل مبحث مطالب.

أما المبحث الأول: خصصت للكلام حول مفاهيم النسب في الفقه والقانون، أنواعه، وإطلاقاته.

المبحث الثاني ذكرت فيه أسباب النسب وتطرقت إلى بيان الزواج الصحيح، والزواج الفاسد، ونكاح الشبهة وآثارهم، والتلقيح الاصطناعي وأحكامه.

في المبحث الثالث: تعرضت في هذا المبحث إلى ذكر اللعان والنفي الشرعي للولد، وشروط ذلك، كما ذكرت صور ولد الزنا كاللقيط وولد الاغتصاب وغيره.

ثم ذكرت استلحاق ولد الزنا وآراء العلماء في ذلك، وأدلتهم، وشروطهم.

الفصل الثاني: طرق إثبات نسب ولد الزنا

المبحث الأول خصصته للكلام عن إلحاق النسب بالطرق التقليدية، فذكرت البينة ونصابها والشهادة وما يشترط فيها، واليمين واعتباره كدليل.

ثم ذكرت الاستلحاق (الاقرار) وأنواعه وحجيته وما يترتب عليه، وذكرت القيافة والقرعة وشروطهما في ذلك، وحكم العمل بهما.

أما المبحث الثاني فخصصته لذكر البصمة الوراثية وماهيتها وطريقة الكشف عنها ومنزلتها من الأدلة الشرعية في الفقه وما يتعلق بذلك كدليل الفراش واللعان، وكذا موقع البصمة في القضاء وعلاقتها بالقرائن، وجواز الإحتكام إليها، وضوابط إجراء تحليل البصمة الوراثية.

أما المبحث الثالث فذكرت فيه منزلة البصمة الوراثية من أدلة الإثبات القانوني، ومفهوم الإثبات ووسائله من الشهادة، والقرائن والإعتراف، واليمين والخبرة وأثر ذلك على الأحكام.
وتطرقت إلى ذكر شرعية البصمة الوراثية في الفقه الجنائي والمواد المدنية، ثم ذكرت حجيتها في مجال النسب إثباتا ونفيا، وختمت هذا الفصل بذكر الصعوبات المادية، والقانونية.

الفصل الثالث: آثار النسب وأحكام ولد الزنا

قسمته إلى مبحثين كبيرين تحت كل مبحث مطالب تضم أحكاما متنوعة تجمع شتات الموضوع.
في المبحث الأول خصصته لبيان الولاية، مفهومها وأقسامها؛ فذكرت ولاية التزويج وأحكام ذلك، ثم الولاية على المال، ونفقة ولد الزنا ثم ذكرت حضانته ورضاعه وأحكامهما، وذكرت كفالة ولد الزنا ومن تجب عليه وأحكام ذلك في القانون والفقه الإسلامي.

وتطرقت في آخر المبحث إلى ذكر ميراث ولد الزنا، واللقيط، وولد الملاعنة، والإقرار بالوارث ومسائله.

والمبحث الثاني خصصته لذكر أحكام متفرقة، بدأته بالجنايات فيما بين ولد الزنا ووالده، والسرقة تحدث فيما بينهما، وهل يوجب القطع أم لا؟.

وذكرت الأحكام المتعلقة بالجنسية ومتى يكتسبها؟ وكيف يفقدها؟، ثم ذكرت عدالة ولد الزنا وشهادته، ثم ذكرت محارمه، وإذا كانت أنثى من يحرم عليها الزواج منه.

ثم ذكرت الإجهاض ووقوعه على ولد الزنا في مراحل بدء تخلقه، وعقوبة الإجهاض أو التحريض عليه في القانون، وكان هذا آخر عنصر من البحث.

7 . الخاتمة:

وختمت البحث بخاتمة تعرضت فيها إلى أهم النتائج التي توصلت إليها وبعض الإقتراحات.

8 . صعوبات البحث

لايخفى على كل دارس أن للبحث العلمي ضريبة بذل الجهد والإستقصاء للوصول إلى الهدف، وقد واجهتني مشكلات جمة أذكر منها:

. ندرة المراجع الفقهية والعلمية وخلو المكتبات من الدراسات الحديثة.

. تناثر الموضوع في أمهات الكتب ما يستوجب الرجوع إليها وجمعها في قالب علمي متناسق. وتداخل الموضوع في شتى أبواب الفقه.

. عدم تمكني من ضبط الوقت واقتناص الأوقات، لانشغالي بأمور العمل وتحصيل الوظيفة.

. انعدام الوسط العلمي من طلبة وأساتذة أثر في التحصيل العلمي والمناقشة والسؤال لبعدي عن الجامعة.

. صعوبة التوفيق بين الدراسة الفقهية والقانونية وإخراجهما في قالب موحد.

. صعوبة الحصول على بعض المعلومات من كتب ودوريات، وندوات، ومؤترات اقتضى تحتم علي الأمر إلى السفر داخل الوطن وخارجه، وفي بعض الأحيان لم أجد بغيتي، ويفتح الله مغاليق الأمور.

الفصـــــل الأول

مفاهيـــم أساســــــــية

الأسرة هي الخلية الأولى للمجتمع، والأبناء هم الثمرة المرجوة والأمل، بهم تسعد النفوس وتبتهج القلوب، وما كانت ابتهالات الصالحين من أنبياء الله وأصفيائه إلا في سبيل نيل هذا المرغوب، وأن يرزقوا الولد الذي يخلفهم من بعدهم، قال الله تعالى على لسان نبيه زكرياء:﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّاً ۝ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنَ الِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيّاً ۝﴾[سورةمريم الآية:6،5].

هذه الهبة تتشوف لها النفوس الطيبة، والفِطر السليمة، وتجعلها موضع الود والعطف والرحمة، وتشملهم بالرعاية والعناية والحماية.

وقد ذكر الله هذه النعمة في موضع الإمتنان فقال: ﴿ وَهُوَ اَ۬لذِے خَلَقَ مِنَ اَ۬لْمَآءِ بَشَراً فَجَعَلَهُۥ نَسَباً وَصِهْراًۖ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً ۝﴾[سورة الفرقان الآية :54]؛ ذوي نسب وذوات أصهار فالأول هم الذكور والثاني الإناث التي يصاهر بهن ويطلق النسب على الجميع. هذه الوصلة (وصلة النسب) تجمع كيان المجتمع، وتؤسس للأمة الفضائل والمكرمات، وتحافظ على الهوية، وتجبر العصبية التي يعيش تحت كنفها النوع الإنساني بما يتكاثر به من بنبن وحفدة، يعين بعضهم بعضا، ويتناصرون لأن أصلهم واحد، يميل الجزء إلى فرعه والأصل إلى بعضه، وهذا سرُّ الله في الإنسان مودعا يشيع بين الأفراد الطمأنينة فإذا ما رمنا تبديل، أو تغيير عنصر من عناصر قواعد النسب بما اخترع في هذا العصر ما يسمى بتأجير الأرحام، والأم البديلة، وقرى الأطفال، وغيرها من التلاعب بالمسميات آل الأمر إلى التفكك حتما.

المبحث الأول:مفهوم النسب وأنواعه

المطلب الأول: تعريف النسب

الفرع الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحا

أولا : تعريف النسب في اللغة:

النَّسب: وهوالمصدر في مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال بينهمانسبٌ؛ أي قرابة وجمعها أنسابٌ[1].

وجاء في اللسان: النسب نسب القرابات وهو واحد الأنساب، والنِّسبة والنُّسبة، والنَّسب القرابة وقيل هو في الآباء خاصة، والإسم منه النِّسبة والنُّسبة مصدر الإنتساب[2].

النون والسين والباء كلمة واحدة قياسها اتصال شيء بشيء منه، سمي النسب لاتصاله وللإتصال به تقول: نسبْت أنسُب وهو نسيب فلان[3].

وانتسب واستنسب ذكر نسبه يقال للرجل إذا سئل عن نسبه :استنسب لنا :أي انتسب لنا حتى نعرفك، ونسبتُ فلانا إلى أبيه أنسبه وأنسبُه نسبا إذا رفعت نسبه إلى جده الأكبر[4].

وانتسب إلى أبيه أي: اعتزى وتنسَّب ادعى أنه نسيبك، والنسيب: المناسب والجمع نُسباء وأنْسباء، وفلان يناسب فلان فهو نسيبه أي قريبه، ورجل نسيب ومنسوب: ذو حسب ونسب . والنسيب هو الغزل في الشعر والتشبيب فيه وهي المناسيب والواحد منسوب فمن نسّب بامرأة فقد وصفها بالجمال. النَّساب والنسَّابة :البليغ العالم بالنسب، ج نسابون وأدخلوا الهاء في نسابه للمبالغة والمدح.وفي حديث أبي بكر رضي الله عنه (وكان رجلا نسابة) [5].

---

(1) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي. ص469 ، اعتنى به الشيخ أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي ط1430/1هـ2009م. بيروت ، لبنان.

(2) لسان العرب: محمد بن مكرم ابن منظورالإفريقي المصري ج1 ص 545، دارالفكر للنشر والتوزيع، ط1429/1هـ 2008م.

(3) مقاييس اللغة: أبي الحسين أحمد بن فارس، ج5ص 339 تحقيق عبد السلام محمد هارون، اتحاد الكتاب العرب 1423هـ2002م.

(4) المرجع السابق :ج1 ،ص545.

(5) المرجع نفسه: ج1 ص 545 .

والنَّيْسب والنيْسبان: طريق النمل وزاد غيره وطريق الحية وطريق حمير الوحش إلى مواردها.

ونيسب فلان بين فلان وفلان إذا أدبر وأقبل بينهما بالنميمة وغيرها [1].

ثانيا :تعريف النسب عند الفقهاء:

لم يعتن الفقهاء بتعريف النسب وذلك لشهرته وظهوره من أول سماع لهذا الاسم، وراحوا يدرسون مباحثه في أبواب الفقه من محرمية، ورضاع، ونكاح وغيرها من الأحكام. قال عمر بن الخطاب: "ما أراكم إلا وقد عرفتم النسب فأما الصهر فالأختان "وعليه تفسير قتادة، قال: ذكر الله الصهر مع النسب وحرم أربع عشرة امرأة؛ سبعا من النسب، وسبعا من الصهر، فاستوى محرم الله في النسب والصهر[2].

وعرفه آخر:«النسب عبارة عن مرج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع فإن كان بمعصية كان خلقا مطلقا ولم يكن نسبا محققا، فبنته من الزنا ليست ببنت في أصح القولين لعلمائنا(المالكية)[3].

وعرفه ابن عطية(*) بقوله:«النسب أن يجتمع إنسان مع إنسان في أب أو أم».

وقال المالكية: النسب هو الإنتساب إلى أب معين[4].

وبمثل قول ابن عطية قال الثعالبي(*) [1].

---

(1) لسان العرب: ج1 ص545،546.

(2) تفسير الدر المنثور في التأويل بالمأثور: عبد الرحمن بن أبي بكرجلال الدين السيوطي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج11 ص194،مركز هجر للبحوث والدراسات الإسلامية،القاهرة،ط1/ 1424هـ 2003م.

(3) أحكام القرآن: أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ج3 ص359 ،360 تحقيق رضى فرج الهمامي، المكتبة العصرية، ط1/ 1424هـ 2003م.

(4) منح الجليل شرح مختصر خليل: محمد عليش ج6، ص114 دار الفكر،لبنان،1409هـ1989م.

(*)ابن عطية: هو عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عبد الرؤوف بن تمام بن عبد الله بن تمام بن عطية المحاربي يكنى أبا محمد.فقيهاً عالماً بالتفسير والأحكام والحديث والفقه والنحو واللغة والأدب مقيداً حسن التقييد له نظم ونثر ولي القضاء بمدينة المرية.مولده سنة 481هـوتوفي سنة 546هـ بمدينة لورقة،وقيل سنة542هـ ألف كتابه المسمى بالوجيز في التفسيرفي عشر مجلدات وألف برنامجاً ضمنه مروياته وأسماء شيوخه، انظر معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية تأليف عمر رضا كحالة ج2ص59.مؤسسة الرسالة، ط1/1414هـ 1993م.

ثالثا: شرح التعريف: النسب هو تناسب واشتراك والتقاء في أصل الخلقة بين الناس وبعضهم البعض، وما بين الذكر والأنثى من طريق الحل، وما ينشأ بين ذلك من علاقات أسرية، واجتماعية(من أبوة، وبنوة، وأخوة) وروابط الأمة الواحدة، وروافد التعايش والتآلف والتناصر.

وعرفه بعضهم بأنه:"القرابة وهي الإتصال بين إنسانين بالإشتراك في ولادة قريبة أوبعيدة[2].

وإذا فالتعريف يدور حول كلمة:

– الإشتراك والقرابة الرحمية، سواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم، قربت أو بعدت كالنسب بين الآباء والأبناء والإخوة والأعمام .

– الإلتقاء الشرعي الذي يكون تحت مظلة التزويج، أو ملك اليمين، فلا يدخل في النسب ما ليس بشرعي؛ لأن النسب نعمة من الله والنعمة ينتسب إليها كل عاقل، ويتعلق بها سليم الفطرة، والجريمة يتستر منها العقلاء وذوي المروءات.

. واختص تعريف آخر بجعل النسب إلى الأب وحده، فإذا ذكر الإنتساب تبادر إلى الذهن إسم الأب؛ فتقول: فلان بن فلان للتعريف به وإثبات الأحكام. وقد صرح الفقهاء بأن نسب الولد لأبيه هو الغالب عند الإطلاق، والقاعدة المعروفة عند الفقهاء: "الولد يتبع أمه في الرق والحرية ويتبع أباه في النسب والتسمية، ويتبع في الدين خير أبويه دينا"[3].

ومستند ذلك قوله تعالى:﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾[سورةالأحزاب الآية:5].

---

[1] الجواهر الحسان في تفسير القرآن: عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبي زيد الثعالبي المالكي، تحقيق وتعليق: علي معوض عادل أحمد عبد الموجود، ج4،ص212 دار إحياء التراث العربي،ط/1 1418هـ/1997م،لبنان.

[2]الموسوعة الفقهية الكويتية:وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،ج40ص231ط1/1421هـ2001م.

[3] تحفة المودود بأحكام المولود: ابن قيم الجوزية ص102، دار الفكر، ط1/ 1424هـ،2004م، لبنان.

(*)عبد الرحمن الثعالبي (785، 875هـ) (1383، 1470م) عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي، الجزائري، المالكي (أبو زيد).مفسر، فقيه، صوفي، متكلم. من تصانيفه: الذهب الابريز في غرائب القرآن العزيز، جامع المهمات في احكام العبادات في فروع الفقه المالكي،انظر معجم المؤلفين لتراجم مصنفي الكتب العربية تأليف عمر رضا كحالة، ج5 ص192مؤسسة الرسالة ط/1414،1هـ ،1993م، انظر معجم المفسرين، عادل نويهض:ج1 ص276، مؤسسة نويهض الثقافية، ط21409هـ 1988م.

قال القرطبي(*):((في هذه الآية أرشد بقوله إلى أن الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه نسبا وأن يدعوا من دعوا إلى أبيه المعروف، فإن لم يكن له أب معروف نسبوه إلى ولائه، فإن لم يكن له ولاء معروف قال له يا أخي يعني في الدين[1])).وهذا لايعني أن الولد لا ينسب إلا لأبيه، بل هو مشترك بينهما فتقول فلان بن فلان، وفلان بن فلانة، والغالب الأعم هو ذكر نسب أبيه.

قال ابن القيم(**):إن الأب هو المولود له، والأم وعاء وإن تكوَّن فيها، والله سبحانه جعل الولد خليفة أبيه وشجنته والقائم مقامه، ووضع النسب بين عباده؛ فيقال: فلان بن فلان، ولا تتم مصالحهم وتعارفهم ومعاملاتهم إلا بذلك، ولولا ثبوت الأنساب من قبل الآباء لما حصل التعارف؛ فإن النساء محجبات مستورات عن العيون، فلا يمكن في الغالب أن تُعرف عين الأم فيشهد على نسب الولد[2].

وفي النسب حق الولد، وحق الوالد، وحق الله تعالى، فمن حق الولد أن يثبت نسبه من أبيه الذي خلقه الله من مائه، لتكون له الحقوق التي قررها الشرع له، ولهذا لا يملك الوالد نفي نسب ولده بعد ثبوته، وفي النسب حق الوالد، فمن حقه أن ينسب إليه الولد الذي جاء بنكاح شرعي صحيح، وما يترتب على هذا النسب من حقوق وواجبات، وفي النسب حق الله لأن الله تعالى أمر بهذا النسب

[1] تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن: أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ج14ص108 دار إحياء التراث العربي 1405هـ1985م، بيروت، لبنان.

[2] إعلام الموقعين عن رب العالمين: ابن قيم الجوزية ج 2،ص 36،دار الكتب العلمية،1996/1417م،لبنان.

(*) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن فرج الأنصاري الخزرجي القرطبي، كان عالمًا كبيراً منقطعًا إلى العلم منصرفًا عن الدنيا، فترك ثروة علمية تقدر بثلاثة عشر كتابًا مابين مطبوع ومخطوط، أبرزها تفسيره الكبير الجامع لأحكام القرآن الكريم، وهو تفسير كامل عُني فيه بالمسائل الفقهية إلى جانب العلوم الأخرى، والتذكرة بأحوال الموتى؛ أحوال الآخرة؛ التذكار في أفضل الأذكار؛ التقريب لكتاب التمهيد.توفي ودفن في صعيد مصر عام671هـ. انظرالأعلام للزركلي قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين خير الدين الزركلي، ج5،ص322، ط1980/5م، دار العلم للملايين ،بيروت.

(**) هو أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، محدث فقيه، أصولي ومفسر ...ولد عام 691 هـ، أخذ العلم عن ابن تيمية والصفي الهندي وأخذ عنه ابن رجب والمقري من كتبه زاد المعاد وإعلام الموقعين،توفي عام751هـ، انظر معجم المفسرين ج2، ص503 وانظر الأعلام للزركلي ج6ص 56.

القائم على هذه الرابطة المادية، وهي إيجاد الولد، وخلقه من ماء الأب، ولهذا أبطل الله تعالى التبني، لأنه من قِبَل تزوير النسب[1].

رابعا: عناية الإسلام بالنسب

حفظ النسب فطرة فطرها الله في عباده وجاء الإسلام فأرسى قواعده بتشريع الزواج، وجعل له تلك القدسية حتى وصفه بالميثاق الغليظ،وسد الذريعة الموصلة إلى الإخلال بالنسب، وحماه من كل ما يشينه، وألغى كل علاقة لم تدخل في اعتباره،فحرم الزنا ونفى كل آثار نتجت عنه ،قال عليه الصلاة والسلام:«الولد للفراش وللعاهر الحجر[2]»، وحرم على الآباء جحد أبنائهم، وشدد على ذلك، فقد قال×:«وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين[3]»، كما توعد النساء اللائي ينسبن إلى أزواجهن ما ليس منهم، فقال عليه الصلاة والسلام:«أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله ولن يدخلها الله جنته[4]».كما حرم على الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم وعدَّه من أكبر العقوق الموجب للنار، قال×:«من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام[5]»، وألغى نظام التبني بنص القرآن، قال تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾[سورة الأحزاب الاية 5]وبذلك ألحقه بعض الفقهاء بالكليات الخمس، وهي حفظ الدين، والنفس والنسل، والمال، والعقل، وبعضهم ألحق في آخرها ضروريا سادسا وهوحفظ العرض وهو مساو لحفظ المال في مرتبة واحدة هي آخر المراتب المذكورة[6].

---

(1) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية: عبد الكريم زيدان، ج 9، ص316 مؤسسة الرسالة ط1/ 1413هـ،1992م.

(2) صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات،ج2، ص5 ضبط وتعليق عبد الخالق محمود علام، دار صبح وإديسوفت لبنان، والدار البيضاء بالمغرب،1428هـ2007م.

(3) سنن أبي داوود كتاب الطلاق، باب التغليظ في الإنتفاء، ج2 ص279، مراجعة وتعليق وضبط محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان ، د. ت .ط.

(4) المرجع نفسه ج2،ص279.

(5) صحيح البخاري: كتاب الفرائض باب من ادعى إلى غير أبيه ج4 ص282 .

(6) نثر الورود على مراقي السعود: شرح محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، ص495، ط3/ 1423هـ 2002م، دار المنارة، توزيع دار بن حزم، بيروت.

ولم يقتصر حفاظ الاسلام على الأنساب القادمة بل حافظ على الأنساب التي ينحدر منها ليكون التلاقي والتعارف، والتعاون والتراحم،قال تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ ﴾[سورة الحجرات الآية:13]وقول النبي × قال: تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم فإن صلة الرحم محبة في الأهل مثراة في المال منسأة في الأثر[1].

الفرع الثاني: النسب في القانون وكيفية اكتسابه والتعديل الجديد

أولا: تعريف النسب واللقب

عرف فقهاء القانون النسب الشرعي بأنه: هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة ويبتنى عليه الميراث، وينتج عنه موانع الزواج، ويترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية[2].

وعند كلامنا على النسب يتبادر إلى الذهن الألقاب التي تدل على أنساب الناس وانتماءاتهم الأسرية في المجتمع العصري.

فاللقب اسم لشخص وقع عليه الإختيار يضاف إليه الإسم الشخصي للفرد ليدل انتساب هذا الفرد إلى مجموعة معينة انحدر منها، ويستعمل كوسيلة للتفريق بين مجموعة وأخرى من البشر[3].

وهو حق كفله القانون، وألزم الأولياء التصريح بالولادة، ولا يبقى أي شخص دون اسم.

وكان أول مرسوم صدر بعد الإستقلال هو المرسوم رقم62/128في 1962/12/13م المتعلق بالحالة المدنية للمواطنين خلال حرب التحرير، المفقودون واليتامى الذين فقدوا عائلاتهم[4]، إلى أن ألغيت جميعها بالأمر20/70 مؤرخ في:1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية.

---

[1] سنن الترمذي كتاب البر والصلة: باب ما جاء في تعليم النسب، ص584، تخريج وترقيم وضبط صدقي جميل العطار،دار الفكرللطباعة والنشر1429،1428هـ2008م.

[2] الوجيز في شرح قانون الأسرة: بلحاج العربي،ج1ص188ديوان المطبوعات الجامعية 2002م.

[3] المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق :محمدي فريدة زواوي ص56، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1997م،الجزائر.

[4] نظام الحالة المدنية في الجزائر: عبد العزيز سعدص26، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط2د.ت.ط.

ثانيا: كيفية اكتساب النسب (اللقب)

نص القانون المدني في المادة: (28): يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده، وجاء في الأمر 7/76 المؤرخ في:1976/02/20 (في المادة3،2) الذي نص على أن لكل شخص جزائري الحق في لقب عائلي وأن الأشخاص الذين ليس لهم لقب عائلي أن يقدموا عريضة إلى وكيل الجمهورية لاختيار لقب عائلي وهذه الإجراءات خاصة بالذين تحمل وثيقة ميلادهم عبارة "عديم اللقب"[1].

وبعد التحقيق في هذا الشأن واستصدار الحكم تلصق نسخة من الحكم في لوحة الملصقات بمقر المحكمة التي أصدرته،ونسختين أخريين بمقر المجلس الشعبي البلدي؛ الأولى بمقر إقامته ،ونسخة أخرى بمقر ولادته، مدة ثلاثة أشهر مهلة الإعتراض، فإذا اعترض صاحب مصلحة مشروعة على اللقب الجديد جاز له ذلك وينظر في القضية من جديد سواء بالقبول أو الرفض[2].

ونص قانون العقوبات في المادة 442 أنه يتعرض للمتابعة الجزائية كل من لم يصرح بمولوده[3].

وفي المرسوم التنفيذي (مرسوم غزالي)تحت رقم:92-24 المؤرخ في :1992/02/13 جاء بالإجراء التالي "يمكن للكفيل الذي يكفل ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير لقب الولد المكفول ليحمل لقب الكافل".

وصدرت الفتوى بجواز انتساب الطفل المحروم من عائلته الأصلية إلى العائلة الكفيلة وحمل لقبها، ولكن تكون النسبة نسبة الأخ، فإن المؤمنين كلهم إخوة، دون أخذ البنوة[4].

---

(1) نظام الحالة المدنية في الجزائر: عبد العزيز سعد، ص222،223.

(2) الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري: ص53،54 دار هومة للطباعة والنشر، بوزريعة، الجزائر.

(3) الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات:عبد العزيز سعد، ص166الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،2001م

(4) فتاوى أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية: ترتيب وتبويب وتقديم الشيخ الأستاذ الربيع ميمون، ج 3ص233، قصر الكتاب ط2001/1م.وكانت هذه الفتوى بناء على مراسلة رئيس جمعية الطفولة وعائلة الإستقبال المجاني بالحجوط بخصوص جواز إطلاق لقب اسم العائلة الكافلة على اسم الولد المكفول دون إعطاء البنوة. بتاريخ:1991/08/20م، انظر حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة1989م: سامية موالفي،ص 60، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم الإدارية، لسنة 2002م، بن عكنون، الجزائر.

وهذا الإجراء الجديد المتمم والمعدل لمرسوم:157/71 المؤرخ في:1971/06/03م، جاء مناهضا ومناقضا للقانون المدني، وقانون الحالة المدنية، وقانون الأسرة؛ فبالنسبة لقانون الأسرة فإن المواد(41،42،43، 44،46)تنص على أنه: ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة، وكان وضع الحمل خلال10 أشهر من تاريخ الإنفصال أوالوفاة،كما يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، وعلى أنه يمنع التبني شرعا وقانونا.

وتنص المادة(116ق أ)على أن الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الإبن بابنه وتتم بعقد شرعي، وفي المادة(120ق أ)نصت على أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب،فإن كان مجهوله تطبق عليه المادة (64) من قانون الحالة المدنية[1].

وفي المادة(48) من القانون المدني: لكل من نازعه أواعتدى الغير على لقبه أن يلجأ إلى القضاء لوقف هذا الإعتداء على اللقب ممن انتحله، سواء كان معلوم النسب أو مجهوله.

ثالثا: أثر التعديل الجديد على النسب

إن هذا المرسوم ما هو صورة قريبة من التبني، لأن المكفول يحمل لقب الكافل وينتسب إلى من تبناه؛ وهو مشروع أخذ به المشرع الفرنسي في شقيه التبني التام والتبني البسيط؛ فالتام عندهم ماكان فيه قطع الصلة بين المتبنىَّ وعائلته الأصلية قانونا، والتحاقه بالعائلة التي تتبناه بكامل الحقوق.

أما النوع الثاني فهو التبني البسيط ويعني بقاء الطفل منتميا إلى عائلته الأصلية مع أخذ اسم متبناه وفي كلا الحالتين يبقى الولد لايفرق بين نسب وآخر[2].

وفي نظام الكفالة نص عليه قانون الأسرة في المادة(121)أنه تعطى جميع الحقوق للكافل بالإضافة إلى الولاية، المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، وفي المقابل فإن للكافل كامل السلطة كسلطة الأب، له واجب التربية والرعاية والتعليم، كما أن عليه واجب النفقة، وكل ضرورات العيش في مقابل احترام المكفول لكافله كابن يطيع أبويه، ويبرهما ويلبي طلبهما على ضوء كتاب ربنا بقوله تعالى:﴿وَوَصَّيْنَا ٱلإِنسَـٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْناً﴾[سورةالاحقاف الآية 15].إن المقنن في تعديله الجديد ضمن المرسوم التنفيذي الأخير تحت رقم:92-24. لم يكن سباقا في عمله هذا، فقد ضاهى

(1) المادة 64 من قانون الحالة المدنية يختار الأسماء الأب أو الأم وفي حالة عدم وجودهما المصرح.

(2) مجلة المعيار: عدد 9، ص527 د معوان مصطفى، 1425هـ، 2004م.

بعض التشريعات العربية في هذا المجال.

ففي القانون التونسي أجاز المقنن صراحة نظام التبني في الفصل(14) وعُدِّل أخيرا قانون النسب بإسناد اللقب العائلي إلى ابن الزنا وتحميل الأب (يعني الزاني)تكاليف النفقةوالمصاريف العادية[1].

وفي مدونة الأسرة المغربية في المادة (156) تنص على أنه:" إذا تمت الخطوبة وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة[2]"، وجعلوا بعض الشروط.

ومعلوم أن الخطبة هي وعد بالزواج أحكامها غير ملزمة في كافة المذاهب الفقهية.

كما نجد أن القانون التونسي لم يعتبر الأبناء في إطار العلاقة غيرالشرعية وهو ما فُسِّر عند بعض المحاكم ومحكمة التعقيب بالفراغ الذي ينبغي أن يسد؛ والحل اعتباره ضمن مصطلح جديد أطلق عليه اسم (الزواج الباطل) بتأويل واسع مخالفا بذلك النصوص القانونية(الفصل 36 ق ح م) وجاء في حيثيات الحكم:" إن الولد الذي ولد قبل زواج والديه هو نتيجة لزواج باطل أبرم بين هذين الأخيرين" وهو تفسير لايستند إلى مواد قانونية ومخالفا لمجلة الأحوال الشخصية التونسي.

وبصدورالقانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب جاء فيه: (هم مبدئيّا الأطفال الغير شرعيين سواء تعلّق الأمر بالطّفل المهمل أو بالطفل المجهول النّسب) فقد جاء في الفصل الأوّل منه في فقراته الثانية والثالثة والرابعة :" ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العموميّة رفع الأمر إلى المحكمة المختصّة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار، أو بشهادة الشهود، أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل، وفي هذه الحالة فإنّ إسناد اللّقب يخوّل للطفل الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة ما دام لم يبلغ سنّ الرشد أو بعده في الحالات المخوّلة قانونا[3]".

---

[1] إثبات النّسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد75 لسنة 1998.ص 10،11.رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء،إعداد الملحق القضائي أنيس سكمة تحت إشراف السيّد الهاشمي عمر الرّ ئيس الأوّل لمحكمة الإستئناف بالمنستير. 2000م.

[2] أحكام النسب لحماية الأسرة في الإسلام: محمد بنيعيش دار الكتب العلمية،ط2007/1م 1428ه لبنان. وانظر شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية:د. رشيد بن شويخ ص228ومابعدها،دار الخلدونيةط1/ 1429ه، 2008م.

[3] المرجع السابق.ص 10، 11.

المطلب الثاني: أنواع النسب:

الفرع الأول: نسب الإنتماء أوالدِّعوة

ويراد بهذا النوع من النسب معرفة قبيلة الرجل وقومه وعشيرته التي ينتمي إليها، فيأخذ اسم القبيلة كعلامة مميزة له عن سائرها، أو لقب أسرته وجده الأكبر، أو نسبه القريب إلى أبيه، فيقال: فلان بن فلان، ونسبه في بني فلان، قال عليه الصلاة والسلام :« أنا ابن عبد المطلب[1]» وكان يعرف بابن عبد المطلب، وكان يأتي الرجل الغريب يسأل عنه: أيكم ابن عبد المطلب؟[2].؟وهذا النسب هو الذي يُدعى به الناس، وبه يتعارفون وإليه ينتسبون، وهو قسيم المصاهرة. قال تعالى:

﴿ وَهُوَ ٱلذِے خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَراٗ فَجَعَلَهُۥ نَسَباٗ وَصِهْراٗۖ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراٗ﴾

[سورةالفرقان الآية: 54]؛ أي ذوي نسب وذوي صهر، فالأول الذكور ينسب إليهم فيقال فلان بن فلان فلانة بنت فلان، وذوات صهر؛ أي إناثا يصاهر بهن[3].

قال الشاعر: بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد[4].

ولا يفهم من ذلك أن أبناء البنات لا ينسبون إلى جدهم من جهة الأم، وإنما للشخص جهتان فمعنى لفظ الإبن له جهة خاصة هي معنى كونه خلق من ماء هذا الرجل على وجه يلحق فيه نسبه به، وهذا المعنى منفي عن والد أمه، فلا يقال له ابن بهذا الاعتبار وثابت لأبيه الذي خلق من مائه، وله جهة أخرى هي كونه خارجاً في الجملة من هذا الشخص، سواء كان بالمباشرة، أو بواسطة ابنه أو بنته[5].

---

(1) صحيح البخاري: كتاب المناقب، باب من انتسب إلى آبائه في الجاهلية والإسلام ج2، ص387.

(2) نفس المرجع :كتاب العلم، باب القراءة والعرض على المحدث، قصة ضمام بن ثعلبة،ج1،ص29.

(3) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، ج4، ص369مكتبة العبيكان ط1/ 1418هـ 1998م.

(4) يعزى هذا البيت للفرزدق همام بن غالب، أنظر خزانة الأدب وغاية الأرب ج1 ص155. تقي الدين أبي بكر علي بن عبد الله الحموي الأزراري، تحقيق:عصام شعيتو دار ومكتبة الهلال ط/1بيروت، 1987م.

(5) أضواء البيان في تفسير القرآن بالقرآن محمد الأمين الشنقيطي ج7، ص107. تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر بيروت، 1415هـ 1995م.

فالنسب حق الآباء على الأبناء والولد يتبع أمه في الحرية والرق ويتبع أباه في النسب، قال عليه الصلاة والسلام :« ولد لي الليلة مولود فسميته باسم أبي إبراهيم[1]»، والولد كان من مارية القبطية فنسبه إلى نفسه ولم ينسبه إليها، وهذا في كل ما يذكر النسب يتبادر إلى الذهن عمود النسب الذكور ليس الإناث، إلا ما قام عليه الدليل من اعتبار أن أولاد فاطمة رضي الله عنها ينسبون إلى جدهم رسول الله ×، وتلك خصوصية دل عليها الحديث الذي أخرجه الطبراني في المعجم: " عن عمر رضي الله عنه قال سمعت رسول الله × يقول:«كل بني أنثى فإن عصبتهم لأبيهم ما خلا ولد فاطمة فإني أنا عصبتهم وأنا أبوهم"[2]».

فالنسب القرابة من جهة الذكور لا من جهة الإناث، وهي من أدلى إلى أصله بذَكر ليس فيه أنثى، وبذلك سار الفقهاء والفرضيون في توريث العصبات.

فلو أوصى رجل لذي قرابته وله عم وخالان فالكل للعم؛ لأنه لفظ مجرد فيجوز له أخذ جميع الوصية إذ هو الأقرب.

الفرع الثاني: القرابة النسبية (علاقة البنوة)

ونعني بها إنتماء الإبن لأبيه وأمه من طريق شرعي، أوهي العلاقة الزوجية وما ينشأ عنها من أولاد يكونون تبعا لهذه الرابطة من جهة الأب، ومن جهة الأم، ومنه قول النبي ×: «نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفو أمَّنا، ولا ننتفي من أبينا[3]»، وهي تشمل الذكور والإناث، فحينما يطلق لفظ البنوة يصير المعنى إلى أفراد الأسرة، وأفراد القبيلة، تقول: بنو فلان؛ يشمل الذكور والإناث.

ويعضد هذا قول النبي ×:« ارمو بني إسماعيل فإن أباكم كان راميا[4]».

قال ابن العربي(*):« وفيه أن الجد الأعلى يسمى أبا؛ فالآباء حقيقة في الأدنين مجازا في الأبعدين. ومنهم من قال أن ذلك حقيقة في الجميع؛ لأنه من التولد،والصحيح أنه مجاز في البعداء

---

[1] صحيح مسلم:كتاب الفضائل باب رحمته × الصبيان والعيال،ج2ص324دار الكتب العلمية،لبنان د.ت.ط

[2] المعجم الكبير: سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني باب الحاء،حسن بن علي بن أبي طالب، تحقيق حمدي بن عبدالمجيد السلفي،ج3، ص 44،ط2/ مكتبة العلوم والحكم،الموصل1404هـ 1983م.

[3] مسند الإمام أحمد بن حنبل: باب حديث الأشعث بن قيس ج 5،ص211 الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرناؤوط مؤسسة قرطبة، القاهرة ،د .ت.ط.

[4] صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني،كتاب الجهاد، باب قصة الحبش ج 6، ص657.

بدليل أنه ينفى عنه فيقال: ليس بولد ولو كان حقيقة لما ساغ نفيه[1]».

وقد اجتمعت الأمة على أنه ينطلق على الجميع، قال مالك: لو حبس رجل على ولده لانتقل إلى أبنائهم، ولو قال صدقة فاختلف قول علمائنا؛ هل تنقل إلى أولاد الأولاد على قولين وكذلك في الوصية[2]، والبنت تشمل كل امرأة لك عليها ولادة تنسب إليك بواسطة أو بغير واسطة إذا كان مرجعها إليك؛ كنت البنت وبنتها، وبنت الإبن وابنتها وما اتصل بهن.

دليل ذلك قوله تعالى:﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ ﴾[سورة النساء الآية:11]فقد جاء التصريح بما يتضمنه اسم ولد أنهما الذكور والإناث، وكان سبب نزولها على أحد أقوال: أن أهل الجاهلية كانوا لايورثون الضعفاء من الغلمان والجواري، فأنزل الله تعالى ذلك وبين حكمه ورد قولهم[3].

كما ترجع هذه العلاقة إلى أصولها من الأب وأبيه، والأم، وأم الأم، كما قال النبي ×:« أنا ابن عبد المطلب»، وعبد المطلب إنما كان جده، فهذه العلاقة تسير بطريق اتجاهين تجاه الأب وباتجاه الأم ، وما يشتركان في الإنضمام إليهما من الجد والجدات.

الفرع الثالث: العلاقة النسبية.

وهي الإنتساب بالأرحام دون الإنتساب بالأسباب كالزوجية والمصاهرة، وهي لا تكون بالرضاع، إذ هي علاقة الأرحام التي تولدت عنها الأنساب متقاربة ثم تباعدت فشملت الآباء والأجداد من جهة الأب ومن جهة الأم، وهي أجمل ما يكسبه الرجل، فبه يدعى وبه يسأل، وكانت العرب تعظم ذلك حتى جاء الإسلام، فأوصى بصلة الأرحام وأكد عليه ووصَّى به.

---

(1) أحكام القرآن: ابن العربي، ج1 ص358.

(2) تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي: الحافظ محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري ج6، ص113.أشرف على مراجعة أصوله عبد الوهاب عبد اللطيف من علماء الأزهر، دار الفكر ،د.ت.ط.

(3) الجامع لأحكام القرآن : أبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي،ج 5 ص 46.

(*) هو أبو بكر بن عبد الله المعافري، محدث، فقيه، مفسر وأصولي ، أخذ عن والده والغزالي وابن السراج وابن عقيل، ورحل مع أبيه إلى المشرق، وسمع من علماء ببغداد، ودمشق، وطائفة بالاندلس، وعدة بمصر،وبيت المقدس، وأخذ عنه القاضي عياض وابن الفرس، له أحكام القرآن وقانون التأويل ،والقبس والمحصول. ولد سنة 468هـ وتوفي سنة 543هـ أنظر الديباج 252/2 تذكرة الحفاظ 1294/4.

قال تعالى:﴿ وَاتَّقُواْ اللَّهَ الَّذِي تَسَّاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ ﴾[سورة النساء الآية:1].

وجاء قول خديجة رضي اله عنها لرسول الله ×:«إنك لتصل الرحم وتحمل الكل[1]».

ومن معاني هذه القرابة والقرابات؛كل من لك عليها ولادة قريبة أو بعيدة كماسبق تعريفها.

والمسلم مأمور بأن يعرف قرابته ويبرَّها، ويصلَها وهنا تتجلى نعمة النسب ويظهر فضلها في الترابط الأسري والتلاحم النسَبي، والتناصر الجماعي، قال عليه الصلاة والسلام:« تعلموا من أنسابكم ماتصلون به أرحامكم[2]». والمراد بالنسب أي أسماء آبائكم وأجدادكم وأعمامكم وسائر أقاربكم فالصلة تتعلق بذوي الأرحام كلها لا بالوالدين فقط.

ولانعني بذوي الأرحام(الذين ليسوا من أصحاب الفروض أو العصبات)إنما يعني كل الأقارب الذين يجمع بينهم وبين الآخرين نسب، وهذه إنسانية الإسلام وسعته، وكفالته بني الإنسان بعضهم لبعض، وهذا المعنى الواسع للقرابة النسبية التي تسير باتجاه الأب وباتجاه الأم، لكن تترجح القرابة من جهة الأب على التي من جهة الأم؛ فالأولاد يدعون لآبائهم ولعشيرة الأب وإن عرف اتصال نسبهم إلى أمهاتهم؛ لأن حق النسب للأب يختص به دون الأم، ويكوِّنون لحمة واحدة لنسب واحد، فيقال: بنو فلان ويقع أن تشتهر الأم فيكنى بها أولادها وينسب لها؛ كربيعة ومزينة وغيرها...

الفرع الرابع: إطلاقات النسب

- يطلق النسب على القرابة: والنسب المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال بينهما نسب: أي قرابة وجمعه أنساب، ويكون من قبل الأب ومن قبل الأم[3].

- ويطلق النسب على الصهر والقرابة معا تقول أصهرت إلى بني فلان وصاهرت إليهم إذا تزوجت إليهم، وهو مصهر بنا إذا كان متحرِّما منهم بتزوج، أو نسب، أو جِوار.

ـ ويطلق أيضا على عدد الآباء والأمهات إلى حيث انتهى، وهو في مقابل الحسب تقول: ذا حسب ونسب، فالحسب: الفعال له ولآبائه مأخوذ من الحساب وهو عدّ المناقب، لأنهم كانوا إذا

---

[1] صحيح البخاري: كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي لرسول الله ×ج1، ص8.

[2] تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي: محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري ج6، ص113..

[3] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي المغربي، ص469.

تفاخروا حسب كلّ واحد مناقبه ومناقب آبائه، مثل الشجاعة والجود وحسن الخلق[1].

وقديما قيل: ومن كان ذا نسب كريم ولم يكن له حسب كان اللئيم المذمما[2].

ويطلق النسب أيضا على ما يوضِّح ويميز من أب، وأم، وقبيلة، وحي، وقبيل، وبلد وصناعة وغير ذلك. فتأتي بالياء؛ فيقال: مكي وعلوي، فإن كان في النسبة عام وخاص فالوجه تقديم العام على الخاص فيقال: القرشي الهاشمي، وفي القبيلة والبلد تقدم القبيلة على البلد فيقال: القرشي المكي، لأن النسبة إلى الأب صفة ذاتية ولا كذلك النسبة إلى البلد، ولأن العرب كانت تنسب القبائل ولما سكنت الأرياف والمدن استعارت من العجم والنبط الانتساب إلى البلدان[3].

قال ابن خلدون(*):« ولا تزال بينهم محفوظة صريحة(الأنساب) واعتبر ذلك في مضر من قريش وكنانة وثقيف، وبني أسد، وهذيل ،ومن جاورهم من خزاعة، لما كانوا أهل شظف ومواطن غير ذات زرع ولا ضرع وبعدوا عن أرياف الشام والعراق ومعادن الأدم والحبوب، كيف كانت أنسابهم صريحة محفوظة لم يدخلها اختلاط، ولا عرف فيهم شوب، وأما العرب الذين كانوا بالتلول وفي معادن الخصب للمراعي والعيش من حمير وكهلان مثل لخم وجذام وغسان وطيء و... .

---

[1] تاج العروس: ج2ص270.

[2] خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب: الشيخ عبد القادر بن عمر البغدادي ج4، ص215. دار صادر بيروت، لبنان، د.ت. ط.البيت قاله المتلمس وهو جرير بن عبد المسيح الضبعي، شاعر جاهلي توفي حوالي 50 قبل الهجرة خال طرفة بن العبد.انظر الأعلام للزركلي ج2 ص119.

[3] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ص468 .

(*)هوعبد الرحمن بن محمد بن محمد بن خلدون أبو زيد ولى الدين الحضرمى الأشبيلى الفيلسوف المؤرخ العالم قاضي القضاة، ولد سنة 732هـ بتونس أخذ عن أعلام منهم والده المتوفى سنة 749هـ أخذ علم القراءات رواية ودراية وأخذ الحديث، وكانت له طرق عالية، وأخذ علوما كثيرة في الفقه والعربية، وله إجازة عامة وأخذ عنه جلة من العلماء منهمابن مرزوق الحفيد، والدماميني، والبسيلي، والبساطي وابن عمار، وابن حجر، ألف في الحساب وأصول الفقه، وألف كتابه الذي اشتهر به:(العبر وديوان المبتدأ والخبر فى تاريخ العرب والعجم والبربر) طبع فى سبع مجلدات أولها المقدمة التى تعرض أصول علم الاجتماع تولى القضاء بالقاهرة وحلب وله مع ملوك تونس والمغرب والأندلس تاريخ طويل توفي بالقاهرة في رمضان سنة 808هـ بمصر انظر:شجرة النور الزكية في طبقات المالكية محمدبن محمد مخلوف، ص: 227،228، المطبعة السلفية، القاهرة 1349هـ.

فاختلطت أنسابهم وتداخلت شعوبهم؛ ففي كل واحد من بيوتهم من الخلاف عند الناس ما تعرف، وإنما جاءهم ذلك من قبل العجم، ومخالطتهم وهم لا يعتبرون المحافظة على النسب في بيوتهم وشعوبهم [1]».

المبحث الثاني: أسباب النسب

يعتبر النسب في النكاح الصحيح، وفي نكاح الشبهة والنكاح الفاسد؛ مراعاة للستر في الأعراض، وحفظا للأنساب من الضياع، وإحياء للولد، ولأن الأصل حمل الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس واحتمال أن الولد من غيره مرفوض، وعليه يثبت الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره.

---

[1] مقدمة ابن خلدون: ص134، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، لبنان ط1 / 1424 هـ 2003م.

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح (الفراش)

الفرع الأول: معنى الفراش وتحققه

أولا: معنى الفراش :

أ. في اللغة

الفراش معناه: الزوج، جاء في اللسان: الولد للفراش معناه الولد لمالك الفراش، وهو الزوج والمولى: أي السيد. والمرأة تسمى فراشا لأن الرجل يفترشها[1].

وقد كنى الله تبارك وتعالى في كتابه الحكيم بالفراش وأراد بالفراش النساء، نساء الحور العين[2]، قال تعالى:﴿ وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ۝ إِنَّآ أَنشَأْنَٰهُنَّ إِنشَآءً ۝ فَجَعَلْنَٰهُنَّ أَبْكَارًا﴾[سورة الواقعة الآية 34،35،36].

ب. معنى الفراش في اصطلاح الفقهاء

ويراد بها عند الفقهاء: الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد أوكون المرأة معدة للولادة من شخص معين،وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به[3]، ونفهم من هذا أن الشرع الحنيف عبر بالفراش وأراد به الزوجية القائمة بين الزوجين.

قال ابن رشد(*):« وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول[1]».

ويتفرع لدينا تفريعين:إمكان التلاقي بين الزوجين،وإمكان أن يولد لمثله في مدة تقتضي ذلك.

ثانيا: إمكان التلاقي بين الزوجين:

---

(1) لسان العرب: ج3،ص240

(2) تفسير البغوي: أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، ج 8،ص13 حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر،عثمان جمعة، دار طيبة للنشر والتوزيع ط4 /1417هـ1997م، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

(3) أحكام الأسرة في الإسلام :محمد مصطفى شلبي دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ص703، الدار الجامعيةط4/ 1403هـ -1983م.

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد(الحفيد) القرطبي ج2، ص358،دار المعرفة بيروت، ط/9 / 1409هـ،1988م.

ذهب الأئمة الثلاثة(مالك والشافعي وأحمد) إلى اشتراط التلاقي بين الزوجين، فمن تزوج بامرأة ولم يدخل بها، أُودخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول، أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول[2].

وذهب الحنفية إلى اعتبار أن العقد وحده سبب لثبوت النسب ولو لم يلتقيا، ولو كانت هي في أقصى المغرب وهو في أقصى المشرق، وأتت بولد لستة أشهر يثبت نسبه، وإن لم يوجد دخول حقيقي، ولو طلقها بعد العقد، ومضي زمان الإمكان، وإن علم أنه لم يحصل وطء[3].

وذهب ابن تيمية(**)إلى اعتبار الدخول الحقيقي واستدلوا بالمعقول من العرف العادي واللغوي وأنه غير متصور في واحد منهما، وأن هذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصيرالمرأة فراشا إلا بدخول محقق[4].

والذي نختاره ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار أن النسب يثبت بالعقد مع إمكان التلاقي وذلك لقوة أدلته، وأنه توسط بين طرفي نقيض؛ فالحنفية لايشترطون الدخول وإنما الإمكان العقلي للدخول والطرف الآخر يشترطون الدخول الحسي المحقق الظاهر، وفي كلا الحالتين يتعذر معرفة الحقيقة ولو فعلنا لضاعت أنساب، ومعظم الأحكام تدور مع غلبة الظن والأخذ بالظواهر لما جاء عن أم سلمة قالت

---

[2]نفس المرجع: ج 2ص 358.

[3] بدائع الصنائع علاء الدين الكاساني: ج2ص332 دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.

[4] زاد المعاد في هدي خير العباد: ابن القيم الجوزية،ج4 ص207 تحقيق لجنة التحقيق بمؤسسة الهدى بالقاهرة دار التقوى المنشية الجديدة، شبرا الخيمة.ط1/1420هـ2000م مصر العربية.

(*) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد، الشهير بالحفيد ،فقيه أصولي وطبيب أخذ عن والده وابن بشكوال، وأخذ عنه ابن جهور وابن الطيلسان، من مؤلفاته: بداية المجتهد والكليات في الطب ومختصر المستصفى، ولد سنة 520هـ وتوفي سنة 595هـ انظر شجرة النور،ص146،147،الأعلام/ ج4ص318.

(**) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية: الامام شيخ الاسلام.ولد في حران سنة (661هـ، وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر.وطلب إلى مصر من أجل فتوى أفتى بها، فقصدها، فتعصب عليه جماعة من أهلها فسجن مدة،ونقل إلى الاسكندرية.ثم أطلق فسافر إلى دمشق سنة 712هـ،واعتقل بها سنة 720هـ وأطلق، ثم أعيد، ومات معتقلا بقلعة دمشق سنة728 هـ انظر الأعلام للزركلي:ج1 ص144.

قال رسول الله ×:«إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار[1]».

ثالثا: إمكان الولد من الزوج:

اشترط الفقهاء أن يكون الزوج ممن يتصور منه الإحبال لأن الصبي لاماء له، ولا يتصور منه العلوق، واختلفوا في السن المحدّد لذلك فبعضهم اعتبر بالسن الذي حدده النبي× في التفريق بين البنين والبنات بقوله:« مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع[2]». وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية[3]. وفرَّق آخرون بين الصبي المراهق والصبي غيرالمراهق، وأن المراهق ما بلغ إ ثنا عشرة سنة، وحكمه أنه يلحق به النسب، وغير المراهق لايلحق به[4].

والمالكية يرون أن البلوغ ثمانية عشر، أوستة عشر، أوخمسة عشر،للذكر بالإحتلام، والأنثى بالحيض.

قال أصبغ بن الفرج(*):والذي نقول به أن حد البلوغ الذي أفطر به الفرائض والحدود خمس عشرة سنة وذلك أحبُّ ما فيه إلي وأحسنه عندي لأنه الحد الذي يسهم فيه في الجهاد ولمن حضرالقتال[1].

وأما العيوب العارضة كالعُنَّة، وهي العجز عن الجماع لمرض أوكبر سن وغيرها، وهي عند المالكية من له ذَكَر لا يتأتى الجماع بمثله للطافته وامتناعه عند الإيلاج وجاء في الذخيرة: إن العُنَّة هو

---

[1] رواه مسلم في صحيحه بشرح النووي كتاب الأقضية باب الحكم بالظاهرواللحن بالحجة، ج 6ص204.

[2] سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ج1ص133.

[3] المغني لابن قدامة المقدسي، ج8 ص42،64، دار الكتاب العربي،لبنان بعناية جماعة من العلماء .د.ت.ط.

[4] جامع أحكام الصغارللإمام محمد بن محمود بن الحسين للأستروشني ج2 ص16تحقيق د.مصطفى حميدة، منشورات علي بيضون ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ط1، 1418هـ، 1997م.

(*)أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع مولى عبد العزيز بن مروان يكنى أبا عبد الله تفقه بابن القاسم وابن وهب وأشهب وسمع منهم كان فقيه البلد ماهراً في فقهه، حسن القياس نظاراً من أفقه الطبقة وهو أجل أصحاب بن وهب صدوق ثقة كان كاتب بن وهب وأخص الناس به. توفي سنة225هـ. أنظر وفيات الأعيان في أنباء أبناء الزمان لابن خلكان ج1 ص240، تحقيق إحسان عباس دار صادر.لبنان.

[1] الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ج5 ص35.

الإعتراض(الجنون)[2]وباختلاف التفسيرات للعنة فقد اتفقت آراء الفقهاء على اعتبار إثبات النسب من العنِّين، فالنسب يثبت من العنِّين مع بقاء عُنَّته بالسحق والإستدخال فلايلزم زوال عنته[3]. ما المجبوب والخصي فقد ذهب الجمهور من الحنابلة والشافعية والمالكية إلى أنه إن كان مقطوع الذكر والأنثيين، أو مقطوع الأنثيين مع بقاء الذكرلم يلحقه نسب؛ لأن الولد لا يوجد إلا من مني، ومن قطعت خصيتاه لامني له[4].أما مقطوع الذكر فقط يلحقه نسب لأنه يمكن أن يساحق فينزل منه الماء[5].

و هب الحنفية إلى أن المجبوب والخصي يثبت منه لأن وطأه مرجو، والخصي كالصحيح في الولد والعِدَّة، لأن فراشه كفراش الصحيح وهو يصلح أن يكون والدا، والوطء منه يتأتى[6].

الفرع الثاني: أقل وأقصى مدة الحمل

أولا: أقل مدة الحمل:الأصل في ذلك ماقضى به علي بن أبي طالب رضي الله عنه على إحدى الروايتين في خلافة عمر رضي الله عنه وفي رواية عثمان رضي الله عنه أن امرأة من جهينة ولدت لستة أشهر فأتى زوجها إلى عثمان للقضاء فأمر بها فرجمت، فبلغ ذلك عليًّا فقال: أما سمعت الله تعالى يقول:﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[سورةالأحقاف الآية14] وقال أيضا:﴿وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[سورة البقرة الآية 233]،فكم تجده بقي إلا ستة أشهر؟

فقال عثمان:«والله ما فطنت لهذا، عليَّ بالمرأة» فوجدوها قد فرغ منها، وفي رواية لم ترجم[1].

---

[2] الذخيرة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي،ج4 ص429 تحقيق محمدحجي،دارالغرب1994م لبنان.

[3] البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي ج4 ص124، دار المعرفة بيروت .د.ت.ط .

[4] أنظر كتاب المغني لابن قدامة المقدسي ج8 ص 65.

[5] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل محمد بن عبد الرحمن المغربي ج5ص147، دار الفكر 1398م بيروت

[6] المبسوط للإمام شمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي ج6 ص 53، دار المعرفة، ،لبنان. د. ت .ط.

[1] الدر المنثور في التفسير بالمأثور:جلال الدين السيوطي،ج13ص323.وفي رواية أن الذي أفتى في المرأة هو ابن عباس، لما أخرج عبد الرزاق والبيهقي عن نافع بن جبير أن ابن عباس أخبره قال: إني لصاحب المرأة التي أتي بها عمر وضعت لستة أشهر فأنكر الناس ذلك، فقلت لعمر: لا تظلم.قال: كيف؟ قلت: اقرأ:﴿وحمله وفصاله ثلاثون

قال ابن عبد البر(*): وأجمع علماء بالمسلمين بأن الولد لا يلحق إلا في تمام ستة أشهر من يوم النكاح[2]، وبعض المالكية أنقصوا من ذلك أربعة أيام وقيل خمس وقيل ستة أيام على اعتبار أنه تتوالى ثلاثة شهور يكون عدد أيامها تسعة وعشرين؛فيكون مائة وست وسبعون يوما (176)[3].

ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يع خرقا للقانون،ولما كان من الثابت في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق لأبيه خرقوا القانون[4].

ثانيا: أقصى مدة الحمل:

اختلف الفقهاء في ذلك اختلافا كبيرا، وتباينوا تباينا شديدا، حسب وقائع وقعت في زمنهم فقاسوا عليها، فمنهم من جعله سنتين ومنهم من قال خمس إلى سبع ومنهم من قال لاحد له[1].

وقال محمد بن الحكم (*)إن أقصى مدة الحمل سنة قمرية،وقال داود ستة أشهر.

شهراً ﴾[الأحقاف الآية14]﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾[البقرة:الآية233]كم الحول؟ قال: سنة، قلت: كم السنة؟ قال: اثنا عشر شهراً، قلت: فأربعة وعشرون شهراً حولان كاملان ويؤخر الله من الحمل ما شاء ويقدم، قال: فاستراح عمر رضي الله عنه إلى قولي.أنظر:مصنف عبد الرزاق،ج7ص352. تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي المكتب الإسلامي، بيروت ط1403/2هـ.

[2] الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي،ج7 ص170، تحقيق سالم محمد عطا-محمد علي معوض، دار الكتب العلمية بيروت2000م.

[3] إقامة الحجة بالدليل على شرح نظم ابن بادي لمختصر خليل: تأليف الشيخ محمد باي بلعالم،ج3،ص171 دار ابن حزم ط1427/1هـ2007م.

[4] قانون الأسرة نصا وتطبيقا : نبيل صقر،ص96،ملف 35934 قرار 1985/02/25م.

(*)ابن عبد البر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي أبو عمر368،463هـ من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، بحاثة،يقال له حافظ المغرب،ولد بقرطبة ورحل رحلات طويلة في غربي الاندلس وشرقيها،توفي بشاطبة من كتبه الاستيعاب جامع بيان العلم وفضله المدخل في القرآت، وبهجة لمجالس وأنس لمجالس في المحاضرات، والتمهيد، والاستذكار انظر: الأعلام للزركلي ج8، ص240.

[1] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للزيلعي،ج7ص287.دار المكتب الإسلامي1313هـ القاهرة.

[2] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص358

قال ابن رشد:«وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة،وقول ابن عبد الحكم والظاهرية أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر،ولعله أن يكون مستحيلا[2] ».

وقال ابن حزم(**):«لايجوز أن يكون الحمل أكثرمن تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر،ومن ادعى حملا وفصالا في أكثرمن ثلاثين شهرا فقد قال بالباطل والمحال، ورد كلام الله عزوجل جهارا[3]».

وذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتان، دليلهم قول عائشة رضي الله عنها: أن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين وهو قول أهل الكوفة»[4].

قالت عائشةرضي الله عنها:(ما تزيدالمرأة في الحمل على سنتين قدرما يتحول ظل عمود المغزل)[5]،قالوا والظاهرأن عائشة رضي عنها قالته سماعا من الرسول ×لأن العقل لا يهتدي إلى إدراك ومعرفة المقادير فيكون حكم الحديث الرفع إلى رسول الله× ويصح الإحتجاج به[1].

ي الشافعية أنها أربع سنوات إستنادا إلى قضاء عمر رضي الله عنه حيث قضى في امرأة المفقود نها تتربص أربع سنين ثم تعتد بعد ذلك.:«وسبب الأربع لأنها نهاية مدة الحمل[2].

---

(3) المحلى: ابن حزم ج10 ص316. إدارة الطباعة المنيرية، لصاحبها محمد منير الدمشقي 1352هـ .

(4) أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بدران أبو العينين بدران ص312،ط1961/2،دار التأليف، مصر.

(5) سنن البيهقي الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي،ج7 ،ص 443 ، تحقيق محمد عبد القادر عطا،مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ،1994م.

(*) محمد بن عبد الله بن عبد الحكم المصري(أبو عبد الله) ولد سنة 182هـ سمع من أبيه وابن القاسم وابن وهب انتهت إليه الرياسة في عصره كان مالكي المذهب ولازم الإمام الشافعي ثم رجع إلى مذهب مالك، له كتب منها:الرد على الشافعي فيما خالف به الكتاب، وكتاب القضاة، وكتاب الدعوى والبينات توفي سنة 268هـ.
والسنة. انظر معجم المفسرين عادل نويهض ج2،ص556.. شجرة النور الزكية ص68/67.

(**)محمد ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن سفيان بن يزيد الفارسي الأندلسي القرطبي اليزيدي(أبو محمد) فقيه أديب أصولي محدث حافظ، متكلم مشارك في التاريخ والأنساب والنحو واللغة والشعر والطب، والمنطق والفلسفة ولد بقرطبة(384هـ)يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة وانتقد كثيرا من العلماء والفقهاء رحل إلى بادية ليلة وبها توفي سنة 456هـ من تصانيفه الكثيرة المحلى بالآثارفي شرح المحلى بالإختصار في الكتاب والسنة المغرب في تاريخ المغرب، الفصل بين أهل الأهواء والنحل الأخلاق والسير، النبذ في أصول الفقه. أنظر معجم المؤلفين: ج2ص393.

(1) حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون بدران أبو العينين بدران، ص 8،مؤسسة شباب الجامعة مصر.

أما في المذهب المالكي فهو: أربع سنوات وقيل خمس وقيل سبع وقد نسبت الفتوى فيها لمالك في المرتابة التي تجد ثقلا دون غيرها[3]،ولعل مستندهم في ذلك ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه أن عمر بن الخطاب قال: أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستبن حملها في تسعة أشهر فلتقعد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر، عدة التي قد قعدت عن المحيض؛أي اليائسة[4].وقضاء عمربن الخطاب هو مستند ابن حزم حيث يقول: ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر وممن روي عنه مثل قولنا عمر بن الخطاب[5].

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ، وأن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة قائمة[6].

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة

جاء في(الأمر رقم-05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 [1]) في المادة 41:(ينسب الولد

---

[2] أسنى المطالب في شرح روض الطالب شيخ الإسلام / زكريا الأنصاري ج3 ،ص393 تحقيق د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط1/ 1422هـ،2000م.

[3] القوانين الفقهية لابن جزي ص204 دار الفكر لبنان، نشر دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب .وجاء فيه: «ومن ارتابت بالحمل لثقل بطنها أو تحركه لم تحل حتى تنقضي مدة الحمل وهي خمسة أعوام في المشهور وقيل أربعة وفاقا للشافعي، وقيل سبعة. وجاء أيضا: المرتابة التي ترتفع حيضتها وهي لا تدري ما يرفعها أنها تنتظر سنة من يوم طلقها زوجها منها تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة فإن طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفعت حيضتها لغير يأس منها انتظرت أيضا سنة من يوم طهرت من حيضتها، فعلى قياس هذا القول تتم الحرة المتوفى عنها المرتابة بعد التسعة أشهر أربعة أشهر وعشرا والأمة شهرين وخمس ليال بعد التسعة الأشهر وقال ابن القاسم التسعة الأشهر براءة للارحام ما لم تسترب نفسها في حمل فإن كان ذلك جلست ما بينها وبين خمس سنين وهذا أكثر الحمل وقد روي عن مالك أربع سنين. انظر : الكافي في فقه أهل المدينة أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ،ج1 ص 293دار الكتب العلمية،1407هـ بيروت.

[4] مصنف عبد الرزاق أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ج6، ص 339.

[5] المحلى لابن حزم ،ج10 ص317.

[6] قانون الأسرة نصا وتطبيقا : نبيل صقر، ص107، ملف 222674.

[1] قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل:09 يونيو 1984والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18-محرم 1426 الموافق ل27 فبراير 2005 .

لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة).

والزواج الصحيح هو ما توفرت أركانه، ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية؛ وهو ينعقد "برضا الزوجين" كما جاء في المادة(9)المعدلة التي ألغت رضا الولي وهذا يجرنا للحديث حول طبيعة العقد وما يترتب عليه؛ حيث ساوت المادة(11)بين الأولياء، والحق أن الأولياء على الترتيب طبقا للمواد السابقة التي عُدِّلت، غير أن المقنن الجزائري في هذه المواد جنح إلى الرأي الذي يعطي صلاحية أن تتولى المرأة قِرانها بنفسها وفاقا لما قال به الحنفية، لكنهم يجعلون هذا العقد غير نافذ إذا اعترض الولي، والمالكية يرون إجبار البكر مطلقا، أما الثيب فلا تجبر[2].

وفي التعديل الجديد في المادة (13)"لايجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[3].

والأركان هي: توفر ركن الرضا بين الزوجين، ووجود الشاهدين،أو الإشهاد والصداق،والولي، وإذا فقد ركن من أركانه يُفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، ويفسخ قبل الدخول وبعده إذا ثبت أن الزوجة من محرمات العين، ويثبت النسب ويدرأ عنه الحد إذا كان يجهل ذلك، أو وقع بجهالة، أو شبهة، فإذا تعمد ذلك أقيم عليه الحد ولم يلحق به النسب[4].

وجاء في المنتقى:« ماكان بنكاح شبهة أو جهالة فالحد فيه ساقط والولد فيه لاحق وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك فالحد فيه واقع والولد ساقط(*)[1].

---

[2] شرح الزرقاني على موطا مالك، تأليف محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ج3 ص187،188، دار الكتب العلمية، لبنان.د.ت.ط.وحديث خنساء بنت خِذَام الأنصارية أن أباها زوَّجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله × فرد نكاحه.وهو نص في الثيب عند النسائي، انظر صحيح سنن النسائي محمد ناصر الدين الألباني ج2، ص428، مكتبة دار المعارف للنشر والتوزيع 1419هـ،1998م. الرياض.

[3] لمجلة القضائية عدد2،ص 267،2003،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية1993/03/30 ملف رقم 90468 .

[4] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج3، ص417.

[1] المنتقى شرح الموطأ: للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، ج5 ص90 تحقيق عبد القادر أحمد عطا، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية، ط1 /1420هـ،1999م.

ويثبت النسب بإمكان الإتصال بعد العقد بستة أشهر على الأقل، أو زمن عدة الطلاق الرجعي، أو البائن بينونة صغرى إذا كان جاهلا، أو ولد بعد الوفاة بعشرة أشهر أقصى مدة الحمل.

الرأي المختار:

والذي نختاره من الأقوال أن مدة الحمل لا تزيد عن عشرة أشهر، فتكون المدة العادية والمعتادة تسعة أشهر فنزيد عليها شهرا واحدا لتشمل الحالات النادرة.

وقد ذكر الأطباء أن مدة الحمل في المتوسط تكون مابين 266 إلى 270يوما من الإلقاح والحد الأدنى 259يوما والأقصى293يوما وتكون الولادة متجاوزة للحد 42أسبوعا أي 294يوما[2].

ويعتبر الأطباء ما زاد على ذلك خطأ في الحساب، وأن الحمل لا يتأخر عن الموعد المعتاد إلا فترة وجيزة لاتزيد عن الأسبوعين أو الثلاثة في الغالب، فإذا زاد على هذه المدة عانى الجنين من المجاعة فإن طالت المدة ولم تحصل ولادة قضى نحبه داخل الرحم، ومن النادر أن ينجو جنين من الموت بقي في الرحم 45 أسبوعا[3].

ويؤكد الأطباء:((إن مثل هذه الحكايات لاتزال رائجة في اليمن، حيث كان نساء يدعين أنهن حوامل منذ سنين وبالفحص يتبين أنهن غير حوامل وإنما كان ذلك ما يعرف بالحمل الكاذب[4].

المطلب الثاني:ثبوت النسب بالنكاح الفاسد والوطء بالشبهة

الفرع الأول: ثبوت النسب بالنكاح الفاسد

أولا: تعريف النكاح الفاسد عند الفقهاء

---

(2) مجلة رسالة المسجد: تغير الفتوى بتغير سندها، د.جمال كركار،ص36،عدد2، 1426ه مارس2005م.

(3) الموسوعة الطبية الفقهية: أحمد محمد كنعان ص375 ،376، دار النفائس ط2 / 1427ه، 2006م.

(4) خلق الإنسان بين الطب والقرآن: د. محمد علي البار،ص454 وما بعدها،الدار السعودية للنشر والتوزيع ط1404/1ه1984م.

(*) ويجتمع الحد وثبوت النسب في ثلاث حالات: في التزوج بالخامسة، والتي بت طلاقها، والمحرمة عليه.

ونسب وحد لن يجتمعا إلا في زوجات ثلاث فاسمعا.

خامسة مبتوتة ومحرم وأمتين حرتين فاعلم. انظر شرح ميارة الفاسي:محمد بن أحمد بن محمد المالكي:ج1ص 275، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية،لبنان،1420ه2000م.

هو ما يقابل الصحيح، وهو ما فقد شرطا أو أكثر من شروط صحته؛وهو إما فاسد من جهة الصداق كأن يكون حراما(كالخنزير والخمر)، أو في مقتضى العقد كأن يذكر الأجل، أو يكون من جهة المحل كالمحرم بحج والعقد على المعتدة، أو من لا تحل له بسبب المصاهرة أو النسب أوالرضاع، وهو إما متفق على فساده؛ لم يقل أحد بعدم منعه ابتداء أو دواما، كنكاح الخامسة أو المحرمة بنسب أو مصاهرة أو رضاع، ونكاح المتعة التي اتفق أهل السنة على تحريمه ومنعه[1].

أو مختلف على فساده كنكاح السر، ونكاح الشغار، ونكاح التحليل، ونكاح المريض ونكاح الزانية قبل توبتها، وهي مااختلف الفقهاء في صحته، أو فساده فمنعه بعضهم وأجازه آخرون على تفصيل في فسخه قبل الدخول وبعده إن لم يطل، وما يفسخ قبل الدخول لا بعده وما يفسخ أبدا[2].

والنكاح الفاسد كالصحيح من حيث ثبوت بعض الآثار المترتبة على ذلك بشرط الدخول بعكس النكاح الباطل الذي لا يثبت فيه أثر من الآثار، ويعتبر زنا محض إن عَلِم به قبل الدخول.

والقاعدة:«كل نكاح يدرأفيه الحد فالولد لاحق بالوطء وحيث وجب الحد لايلحق النسب[3]».

قال ابن رشد:((وأكثرها (الأنكحة الفاسدة)عند الإمام مالك تدرأ الحد إلا ما انعقد فيها على شخص واجب التحريم بالقرابة؛كالأم وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل[4]))

وقد حدد قانون الأسرة في مواده المعدلة ما يقيد العقد الباطل والفاسد من المادة (32) إلى المادة(35) ففي المادة(32،33):"يبطل الزواج إذااشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وكذا إذاختل ركن الرضا،أو تم بدون الأركان كماحدد في المادة (9)."

وأشارت المادتان (34) و(35) إلى النكاح الفاسد والشرط الفاسد.

جاء في المادة (34) من قانون الأسرة:((كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء)).

وفي المادة (35):((إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا)).

---

(1) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: عبد القادر داودي ص171،ط1/ 2007م، دار البصائر الجزائر.

(2) الشرح الكبير: أحمد الدردير أبو البركات،ج2، ص 236، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، لبنان.د.ت.ط.

(3) القوانين الفقهية: ابن جزي، ص183.

(4) بداية المجتهد: ج2 ص383.

والنكاح الفاسد يثبت به النسب إذا كان متصفا بأحد الوصفين التاليين:

1 . إذا كان مختلفا في فساده بين العلماء كنكاح المحْرِم، ونكاح المرأة في العدة، والنكاح بغير ولي ونكاح السر، والشغار.

2 . إذا كان دليل دليل الإختلاف ضعيفا أو غير معتد به عند بعض العلماء مثل نكاح المتعة؛ لأن الاختلاف شبهة والشبهة في باب النسب تفسر لصالح الولد [1].

ويترتب على النكاح الفاسد سقوط الحد المشروع للزنا، واكتفي بعقوبة تعزيرية أخرى وتثبت العدة ووجوب دفع المهر كاملا، وينسب الولد كما ذكرنا .

ولايترتب عليه آثار العقد الصحيح؛ كالمتعة، والنفقة الزوجية، والطاعة، والتوارث[2].

فإذا دخل الرجل بالمرأة التي عقد عليها عقدا فاسدا وأتت بولد بعد ستة أشهر أو أكثر، عُدَّ منه ونسب إليه الولد، كما في الزواج الصحيح، ويثبت الزواج الفاسد إذا توافرت شروط.

ثانيا: شروط النكاح الفاسد

1 . تصور الحمل من الزوج

وهو أن يكون الزوج قادرا على الوطء ومعناه أن يولد لمثله ليس من مانع في ذلك كالشروط التي اشترطت في النكاح الصحيح.

2 . الاتصال الجنسي :

والمراد به الدخول الحقيقي بالمرأة لا مجرد العقد، فمجرد العقد ليس له أي تأثير على النسب

خلافا لأبي حنيفة، ولكن قد يحدث اختلاف في تحقيق مبتدأ الحساب من يوم الدخول أو

بإمكانه فقد نص فقهاء المالكية على ثبوت النسب من وقت الوطء؛ فكل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطىء، ومعنى هذا أن الوطء هو وقت ابتداء مدة الحمل المعتبرة لثبوت النسب.

3 . أن تأتي به لأقل مدة الحمل:

---

(1) الأسرة: الصادق الغرياني، ص276، دار بن حزم 1428هـ،2007م.

(2) قانون الأسرة نصا وفقها: الأستاذ نبيل صقر، ص78دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.

واشتراط أدنى مدة الحمل فأكثر في النكاح الفاسد أولى[1]، فإذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر فلا ينسب إليه إلا إذا ادعاه ولم يصرح أنه من الزنا، فيثبت حينئذ بالإقرار لا بالفراش الفاسد.

القول المختار

والذي نختاره أن النسب يثبت بالنكاح الفاسد المختلف في فساده، سواء علم العاقدان ذلك أو جهلاه، أما النكاح المتفق على فساده الذي جهل العاقدان فساده، أو ادعيا الجهل وأثبتت الوقائع ذلك؛ كما لو كانا يعيشان في البادية، أوكانا قريبي عهد بالإسلام، أو كان من جهة الرضاع ولم يعلما بذلك، أو علماه وجهلا الحكم، فإن النسب يلحق فيه؛ فإن عَلِما وجود المفسد لم يثبت النسب، ويعتبر فيه وقت إمكان الدخول هو وقت ابتداء الحمل لا وقت الدخول؛ لأن النكاح الفاسد كالصحيح داع إلى الوطء، حيث يظن صاحبه أنه يحل له ذلك فيعقدان العقد ثم يكون الدخول لاحقا، فهذا مثل الصحيح في الحكم[2].

الفرع الثاني: الوطء بالشبهة أولا: تعريف الشبهة أ. تعريف الشبهة في اللغة:

الشِّبْهُ والشَّبَهُ والشَّبِيهُ المِثْلُ والجمع أَشْباهٌ وأَشْبَه الشيءُ الشيءَ ماثله، والشُّبْهةُ الالتباسُ وأُمورٌ مُشْتَبِهةٌ ومُشَبِّهَةٌ، وشَبَّهَ عليه خَلَّطَ عليه الأَمْرَ حتى اشْتَبه بغيره[3].

ب. تعريف الشبهة في الفقه

المقصودبالشبهة هوالوطء غلطا فيمن تحل له مستقبلا[4].

ووطء الشبهة مثل النكاح الفاسد يلحق به النسب، لأنه شبيه بوطء النكاح من حيث لحوق

الولد وعدم الحد ويكون فيه اللعان[1].وهو نكاح يقع فيه خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص فهي ما يشبه الثابت وليس بثابت مثل أن يتزوج امرأة فتزف له أخرى و يقال له: هذه زوجتك فيدخل بها، أو يتصل بمطلقته التي بت طلاقها معتقدا أنه يجوز له ذلك، وله صور:

---

[1] المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية: ج9 ص337.

[2] نفس المرجع: ج9 ص340 .

[3] لسان العرب: ج5 ص827.

[4] شرح مختصر خليل: محمدالخرشي المالكي، ج3ص209،دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت ،د.ت.ط.

ثانيا: صور الوطء بالشبهة

أ . **تعريف شبهة المحل**: وهذه غير موجودة في عصرنا هذا حيث زال الرق في غالب الدول الإسلامية، وصورة ذلك أن يعتقد الرجل أو يظن إباحة قربان جارية ابنه، لوجود شبهة الحكم الشرعي في قول النبي ×:«أنت ومالك لأبيك[2]»،فإذا وطئ الأب جارية ابنه ارتقع عنه الحد لوجود شبهة الحد.

وحديث النبي ×:«إدرءو الحدود عن المسلمين مااستطعتم[3]»، والولد ينسب إلى الواطئ.

ومثاله أيضا إذا وطئ مطلقته ثلاثا بالكنايات؛ لأن الفعل ليس زنا لوجود الشبهة في المحل، وثبوت النسب هنا للإحتياط في إثباته، فضلا عن أن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل[4].

ب . تعريف شبهة العقد:

وصورته أن يعقد الرجل على معتدة الغير، أو امرأة محرَّمة عليه بالنسب أو المصاهرة، أو بالرضاع، ويجهل ذلك أو يعتقد الحل، ففي هذه الحالة يسقط عنه الحد وينسب إليه الولد[5].

وهذه الصورة تشبه النكاح الفاسد لوجود العقد من جهة، واشتباه الأمر عليه في الحل والحرمة.

أما النسب فيلحق عند وجود الشبهة وعدم الحد، ولا يلحق عند وجوب الحد، وجاءت عبارة الفقهاء:(كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالوطء وحيث وجب الحد لا يلحق النسب[6]).

ج . تعريف شبهة الفعل:

---

(1) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: علي الصعيدي العدوي المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي ج2،ص140 دار الفكر 1412هـ،بيروت.

(2) مسند الإمام الشافعي: كتاب جراح العمد،ص202،دار الطاسيلي1989م، الجزائر.

(3) سنن الترمذي كتاب الحدود باب ماجاء في درء الحد مرفوعا عن عائشة ،ج4 ص33.

(4) موسوعة الأحوال الشخصية: أحمد نصر الجندي، ج2 ص 1176، دار الكتب القانونية مصر،2006م.

(5) نفس المرجع: ج2،ص1176.

(6) القوانين الفقهية: ابن جزي، ص183.

وتسمى شبهة اشتباه وهي تسمية تأتي من الفعل الذي هو الوطء، وهي حالة من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل يفيد الحد[1]، بل ظن غير الدليل دليلا كمن اعتقد أن جارية زوجته تحل له لظنه أن وطأها نوع من الإستخدام، ولا بد في ذلك من الظن بالحل وإلا فلا شبهة أصلا[2].

ويلحق بشبهة الفعل كمن زفَّت إلى غير زوجها، فإذا وطئها يظن أنها زوجته فلا حد عليه ويثبت النسب منه، فهذه شبهة من الفعل.

ومثالها أيضا إذا وطئ رجل امرأة أجنبية يظنها أنها زوجته فهذا الوطء لا هو زنى يجب فيه الحد، ولا هو وطء مستند إلى عقد نكاح، فإن كان عن طهر فإن اعتزلها زوجها ثم أتت بولد لستة أشهر فأكثر من حين الوطء، لحق الولد بالواطئ وانتفى عن الزوج بغير لعان، وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء بشبهة لحق الولد بالزوج بكل حال لأننا نعلم يقينا أنه ليس من الواطئ[3].

وإن كان في طهر مسها فيه وأتت بولد يمكن أن يكون منهما يعَرَضُون والولد على القافّة(*).

وهذا قول الحنابلة والشافعية، فإن ألحقته القافة بأحدهما لحق به وإن نفته عن أحدهما لحق بالآخر وهذا سواء ادعياه أولم يدعياه أو ادعاه أحدهما ونفاه الآخر[4].

وهذه المسألة يمكننا اللجوء فيها إلى الكشف الطبي لتحديد أبوة الطفل وعدم ضياعه، وقد أجمع فقهاء العصر على أنه يجوز عرض الولد للفحص الجيني في حالات الإشتباه واختلاط المواليد.

لأن الفحص الطبي والبصمة الوراثية تأخذ مرتبة القيافة ولا تتقدم عنها كما نص عليها الفقهاء في المجمع الفقهي بمكة.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي والإستنساخ

---

[1] المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم: عبد الكريم زيدان، ج 9 ،ص 342.

[2] نفس المرجع: ج9،ص342.

[3] انظر المغنى: ج 7،ص432،وانظر الأسرة: الصادق الغرباني، ص276.

[4] المغنى: ج7ص343، 344، وانظرالمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم: ج9 ص 342.

(*) القافة ج مفرده قائف:وهو الذي يتَبع الآثار ويعرفها ويعرف شبَه الرجل بأَخيه وأَبيه، انظر لسان العرب،ج3 ص1113.

الفرع الأول: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي

أ . تعريف التلقيح في اللغة

لَقِحت الناقة ونحوها لقْحا ولَقَاحًا قبلت ماء الفحل فهي لاقِحٌ، ج لُقَّحٌ ولواقحٌ وهي لَقُوح أيضا، ج لُقُحٌ،ويقال لقِحت النخلة ولقِح الزرع والحرب أو العداوة هاجت بعد سكون. اللقاح ماء الفحل وما يلقح به الشجر والنبات ويقال جاءنا زمن اللقاح زمن تلقيح النخل[1].

وهو من اللقاح وهو اسم ماء الفحل من الإبل والخيل وغيرها، ثم استعير في النساء فيقال: لقحت إذا حملت وتجمع على ملاقيح ومعنى الملاقيح: ما في بطون الأمهات من الأجنة[2].

قال تعالى:﴿ وَأَرْسَلْنَا ٱلرِّيَٰحَ لَوَٰقِحَ ﴾[سورة الحجر الآية: 22].

ب . تعريف التلقيح في الإصطلاح:

التلقيح هو: التقاء النطفة المذكرة بالنطفة المؤنثة فيختلطان ويكوِّنان المنطقة الامشاج[3].

وعرَّفه آخر: إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبييضة المرأة عن غيرالطريق المعهود[4].

وعرّفه بعضهم:((كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الإتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع[5])).والتعريفان يشرحان العملية التي بها تمت، والطريقة التي بها وجدت، فالتقاء ماء الرجل وبييضة المرأة من غير طريق الجماع هو التلقيح.

ثانيا: أنواع التلقيح

---

[1] المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية ص:833، 834،ط4/ مطبعة الشروق الدولية 1425هـ،2004م.

[2] لسان العرب: مادة (ل ق ح) ج1،ص993.

[3] خلق الإنسان بين الطب و القرآن: د. البار ص107.

[4] أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة: زياد سلامة ص53 ،دار البيارق،لبنان ط1417/1هـ1996م.

[5] مجلة المجمع الفقهي: الدورة الثانية، ع2 ص154، 1986م.

أ. التلقيح الداخلي(IUI: INTRA UTERINE INSEMINATION)

وهو أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من الزوج وبييضة مأخوذة من امرأة هي زوجته ثم تزرع في رحم زوجته أثناء حياة الزوج وفي ظل زوجية قائمة[1]،وفي هذه الصورة يتم اختيار الزوجين لعملية التلقيح وفق أسس ومعايير طبية، وعلمية دقيقة،ولا يتم هذا الاختبار إلا بعد إجراء كشوف طبية كاملة على كلا الزوجين، واختيار الوقت المناسب للإخصاب لتحديد موعد خروج البييضة ومن ثم يقوم الطبيب بحقن السائل المنوي للزوج وبحضوره دون أدنى أي معالجة له في المختبر[2]،وتكون هذه العملية نفسها مع زيادة معالجة السائل المنوي كاستئصال بعض الشوائب والخلايا غير الصالحة ثم حقنها داخل الرحم للمرأة؛ وهذه الطريقة جائزة في الشرع إذا استوثق الشخص من عدم اختلاط المني مع مني آخر في المختبر.

وقد وافق الفقهاء المعاصرون على ذلك بالإجماع فقالوا:«إذا استبعدنا من الإعتبار محظور انكشاف المرأة لمصلحة(الولادة)المشروعة على ما سبق بيانه، لم يكن في هذه الطريقة الأولى من التلقيح أي مانع شرعي يوجب حظرها فيمكن إعلان جوازها شرعا، يحتاج إليها لتحل الزوجة من زوجها[3]».

وقد أفتى علماؤنا بالجزائر بجواز التلقيح الصناعي بين الزوجين، ومن مائهما[4].

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين، وأقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة في دورته الأولى حتى الدورة الثامنة عام 1405ه[5].

وأفتى الشيخ محمود شلتوت في فتاويه بأنه عمل مشروع لا إثم فيه ولاحرج[1].

---

[1] الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل في الفقه الاسلامي: سارة شافي سعيد الهاجري ص348،دارالبشائر الإسلامية،ط1/ 1428ه2007م.

[2] مجلة المجمع الفقهي العدد10،ص333 قرارات مجلس المجمع الفقهي الاسلامي،الدورة الثامنة، القرار الثاني،1405ه.

[3] أطفال الأنابيب: بد الله البسام،مجلة المجمع الفقه الإسلامي/العدد2/ص161، 1986م.

[4] فتاوى أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية: ج1،ص386.

[5] ت المجمع الفقهي الإسلامي بمكة الدورات من الأولى إلى السابعة عشر والقرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة(1398، 1424ه،1977، 2004م) ط2.رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي.

وأقرت ندوة الإنجاب في ضوء الاسلام واللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن بالجواز[2].

وأقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الاسلامي بقوله:« إن الأسلوب الأول الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا بالشروط العامة الآنفة الذكر، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل[3]».

ب . التلقيح الصناعي الخارجي : (IVF:IN VITRO FERTILIZATION)

هو عبارة عن سحب البييضة عند نضجها وتلقيحها بالحيوان المنوي للرجل في وسط خارج الرحم في أنبوب اختبار، أو أي وعاء مخبري، وبعد تحقيق الإخصاب وحدوث الانقسام الخلوي للنطفة تعاد إلى رحم الأم ،أو امرأة أخرى بعد حوالي يوم أو يومين من وجودها خارج الرحم[4].

وللتلقيح الخارجي صور مختلفة نقتصرعلى الحالة الجائزة.

1. الصورة الجائزة:

تقدم الزوجة البييضة ويقدم زوجها الحيوان المنوي، ليتم تلقيحهما في وعاء خاص، به نفس السائل اللازم للنمو ثم الانقسام بعد ذلك، ثم تعاد اللقيحة إلى رحم الزوجة صاحبة البييضة، ويلجأ إلى هذه الصورة في مثل التشوهات، أو أمراض قناة فالوب التي توصل البيضة من المبيض إلى الرحم[5]، وهذه الصورة جائزة شرعا، ذهب إلى ذلك غالبية العلماء المعاصرين، والبعض تحفّظ عنها وقبِلها في أقصى

---

(1) الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر:محمود شلتوت،ص327،328،دار الشروق ط1421/18هـ 1421هـ2001 م.القاهرة.

(2) سلسلة مطبوعات منظمة الطب الاسلامي ندوة الانجاب، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الانجاب في ضوء الاسلام: إشراف وتقديم د.عبد الرحمن العوضي،11 شعبان 1403هـ،ط2/ 1992م.

(3) القرار الثاني من الدورة الثامنة المنعقدة من يوم 28 ربيع الثاني 1405هـ إلى 7 جمادى الأولى 1405هـ بشأن التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب، وانظر أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة: ص83،80.

(4) الأحكام المتصلة بالحمل: د.حسان حتحوت، ص131.

(5) أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة: زياد أحمد سلامة،ص88، 89.

حالات درجات الإضطرار، أو الحاجة الشديدة، حين لا يكون للزوجين ولد ويكون الطبيب ثقة[1]. والتحفظ إنما كان من جهتين:

1 . من حيث احتمال نسبة التشوه في هذا الطريق الصناعي عن المعتاد.

2 . من حيث انتساب الولد الذي سيكون رهن قول الطبيب(وقع غلط أو تعمد) ليعطيها جنينا من بييضة أخرى لها ونفس التعليل، ومع ذلك حكموا بالاباحة[2].

وأقر المجمع العلمي الاسلامي بمكة في قراره الخامس في دورته السابعة وأكد هذا الجواز بقراره الثاني في دورته الثامنة[3]، وهو مانصت عليه اللجنة الفقهية الطبية الدائمة في الأردن[4].

وقد سبق أن ذكرنا ممن منع التلقيح الصناعي بإدخال عنصرأوعناصر مع الزوجين طبيبا، أو بييضة أو رحم، وأنّ تدخل الطبيب وانكشاف المرأة إنما هو للضرورة العلاجية أي لعلاج العقم بالحصول على ولد من ماء الزوجين فهو يعتبر من قبل التداوي فيكون جائزا شرعا[5]، أمّا تدخل بييضة أو نطفة أو رحم أجنبي فهو غير جائز؛ بمعنى أن تكون البييضة والنطفة والرحم بين الزوجين لا غير.

2 . تعليل الجواز

والذي يترجح لي بعد عرض أدلة الفريقين جواز هذه الصورة من التلقيح الخارجي أو ما يعرف بطفل الأنبوب للأسباب التالية:

1– المقصد الأصلي للزواج التناسل وطلب الولد وهو مطلب فطري، أقبل عليه الإنسان منذ القدم في أن يكون له ذرية وحفدة، ففي جبلية الإنسان حب الإمتداد واستمرار الأثر من خلال عقبه والنفرة من الإنفراد وانقطاع النسل والولد، وفي التوصل للولد قربة لجميع القربات بعده من إبقاء

---

(1) أطفال الأنابيب: بد الله البسام،أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقه الإسلامي/العدد2/ص162، 1986م.

(2) مجلة العربي: عدد 242، ص53. الكويت 1979م.

(3) رارات مجلس المجمع الفقهي الاسلامي من دورته الأولى حتى الثامنة، ص155 .

(4) الجديد في الفتاوى الشرعية: د. الجابري، ص114 دار الفرقان للطباعة، الأردن،1414هـ 1994م.

(5) التلقيح الصناعي لتوالد الإنسان والإجهاض: الشيخ جاد الحق على جاد الحق، ص1433، مجلة الأزهر (1429/10)، السنة الخامسة والخمسون.

الجنس، وطلب محبة رسول الله × في التكثير منه، وطلب دعاء الولد الصالح، وطلب الشفاعة بموت الولد الصغير[1].

2- النسل من الضرورات الخمس التي سعت الشريعة الاسلامية للمحافظة عليها من جانب الوجود ومن جانب العدم[2]،وهي المحافظة عليه من جانب معالجة العقم بطريقة طفل الأنبوب فالكشف عن العورات تعتبر من التحسينات، والمحافظة على الضروريات أولى إذا تعارض مع تحسيني

3 . الأدلة التي قال بها المانعون لاتنهض أمام المناقشة، و ن أدلة الفريق المجيز قوية يؤيدها المنطق والطبع السليمين، باعتبار أن هذه الطريق من قبل التداوي والعلاج الذي فطر عليه الإنسان، بشروطه اللازمة والواجبة، والضوابط الشرعية من حيث النظرة الفقهية.

ثالثا: آثار التلقيح الصناعي على النسب

أ . آثار التلقيح في الصور الجائزة إن التلقيح بصورة عامة ما هو إلا عملية علاجية تقتضي إحداث كيفيات على غير المعتاد، لينتج بعدها ما ينتج عن العملية الطبيعية المعتادة من حدوث الولد من زوجين شرعيين، يثبت له ما يثبت للأولاد من حقوق مادية، ومعنوية منها: النسب.

أجاز المقنن الجزائري التلقيح الصناعي بالوسائل العلمية الحديثة واشترط شروطا في التعديل الأخير لقانون الأسرة في الأمر(05/ 02). جاء في المادة (45)مكرر: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بشروط:

1 . أن يكون الزواج شرعيا.

أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين، ووجود عقد زواج يعطي المسألة أساسها القانوني.

2 . أن يكون التلقيح برضى الزوجين وأثناء حياتهما، لأنه "لا نسب بعد الوفاة أو أقصى مدة الحمل والتي هي عشرة شهور" وفقا لأحكام قانون الأسرة وفقا للمادة 43 من قانون الأسرة.

---

[1] النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات الواقع المعاصر:فريدة بنت الصادق زوزو،ص102 مكتبة الرشد. إحياء علوم الدين أبي حامد الغزالي ج2 ص75،ط1/1411هـ1991م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر.

[2] الموافقات في أصول الشريعة: أبي إسحاق الشاطبي، ص8،ج2 شرحه وخرج أحاديثه عبد الله دراز منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية،ط3/2003م،1424هـ، بيروت لبنان.

3- أن يتم بمني الزوج وببيضة رحم الزوجة دون غيرهما[1]، حفاظا على حرمة النسب وشرعيته.

نسب الولد الملقح صناعيا:

ذكر الفقهاء القدامى أن الحمل يمكن أن ينشأ بغير طريق الاتصال الجنسي وهو الإستدخال؛

أي استدخال مني الزوج في فرج زوجته، ورتبوا على ذلك ثبوت نسب المولود، ووجوب العدة وأنه مثل الوطء الحقيقي، وهذه الطريقة تماما مثل الإستدخال إلا أنه بطريق وسائل عصرية.

ب . أما في الصور غير الجائزة فصورها عديدة وحكمها التحريم، لتحريم وسائلها وكيفياتها وانتفاء النسب فيها، ولا حاجة للكلام عنها.

الفرع الثاني: الإستنساخ (الهندسة الوراثية)

أولا: تعريف الإستنساخ

أ . تعريف الإستنساخ في اللغة: له معان:

1 . بمعنى الإزالة نسخت الشمس الظل،وانتسخته أزالته،نسخت الريح آثار الديار غيرتها[2].

2. بمعنى الإبطال أي إزالة الحكم بحكم يتعقبه[3] قال تعالى:﴿ مَا نَنسَخْ مِنَ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَاتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَآ أَوْ مِثْلِهَآ ﴾[سورة البقرة الآية 106].

3. بمعنى النقل:اكتتابك كتابا عن كتاب حرفا بحرف والأصل نسخة والمكتوب عنه نسخة وذلك لا يقتضي إزالة الصورة الأولى بل يقتضي إثبات مثلها في مادة أخرى.

---

(1) قانون الأسرة نصا وتطبيقا: الأستاذ نبيل صقر، ص109، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع2006م.

(2) مختار صحاح: للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، ص415. ضبط وتخريج وتعليق د. مصطفى ديب البغا،دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط1990/4م.

(3) معجم مفردات ألفاظ القرآن: للعلامة الحسين بن محمدبن المفضل أبو القاسم الأصفهاني(الراغب) ص371، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر 1430هـ2009م.وانظر لسان العرب ج2،ص46.

الإستنساخ: التقدم بنسخ الشيء، والترشح للنسخ وقد يعبر بالنسخ عن الإستنساخ[1].

قال تعالى:﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿٢٨﴾﴾[سورة الجاثية الآية 29].

ب . تعريفالإستنساخ في الإصطلاح:

لايبعد التعريف الإصطلاحي عن التعريف اللغوي في المعنى الثالث.

الإستنساخ: (clonage) أي التنسيل في الإصطلاح الطبي والعلمي هو: توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بييضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بييضة مخصبةفي مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء[2].

الإستنساخ هو تلك العملية أو تلك العمليات التي نستطيع الحصول بواسطتها على جنين أو أجنة متطابقة، أو مطابقة لمصدرها من حيث الشكل والصفات الوراثية، (تقنية النقل النووي للخلايا).

وقد ذهب أكثر العلماء إلى أن التعبير بكلمة التنسيل هو المعنى الأدق لعمليات النقل النووي للخلايا(الإستنساخ)، ولا يليق بكرامة الإنسان تسميته بالإستنساخ لما فيه من تشبيه الإنسان بالآلة والجماد والكتاب وغير ذلك[3].

والنسل في اللغة يعني الخلق كما يطلق على الولد والذرية والجمع أنسال، تقول تناسل بنو فلان إذا كثر أولادهم، وتناسلوا أي وُلِد بعضهم من بعض[4].

---

[1] معجم مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني ص:371. وانظر لسان العرب ج2،ص46.

[2] قرار رقم :10/2/100د بشأن الاستنساخ البشري،مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة المؤتمرالعاشرمن23إلى28صفر1418هـ(الموافق 28يونيو 3يوليو1997م)، مجلة المجمع الفقهي،ج10ص1411.

[3] دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة: د.عبد الناصر أبو البصل، ج2 ص652، دار النفائس، ط1421/1هـ، 2001م.الأردن.

[4] لسان العرب: ج4 ص716.

ثانيا : طرق استنساخ الأجنة البشرية

1. التنسيل الجنيني(تكثير النطفة)

وهي عملية فصل خلية أو خلايا من الخلية الملقحة، ثم زرعها في رحم مستعد لاستقبالها، أو أرحام متعددة، ثم تركها تنمو وتنقسم وتكون جنينا مطابقا أو أجنة متطابقة في الصفات الوراثية وهذه العملية شبيهة بطفل الأنبوب[1]، إلا أنه في هذه الحالة يكون التعرض للنطفة بعد التلقيح، ولها صور متعددة كما في التلقيح الإصطناعي كما رأينا سابقا.

2 . التنسيل اللاجنسي:

ويتم عن طريق الإستغناء عن الحوين (الحيوان المنوي) واستبداله بخلية جسدية.

ويكون بإحضار بويضة تنزع منها نواتها، ثم تحضر خلية جسدية من أي جزء من أجزاء الجسم شريطة أن تكون تلك الخلية مما يقبل الإنقسام كالثدي،ثم تنزع نواة الخلية وتزرع في البييضة منزوعة النواة فتصبح البييضة كاملة الأجزاء ونواتها تحتوي على ستة وأربعين صبغيا(كروموسوما).

ثم تحت تأثير شحنه كهربائية يحدث اندماج بين الخلية والبويضة وتحل نواة الخلية مكان نواةالبييضة المزالة، وبتوالي الشحنات الكهربائية على البييضة المخصبة تبدأ العمليات الكيميائية، وتجعلها تنقسم انقساما متواليا إلى خليتين، فأربع ثم إلى ثمان، ثم بعد ستة أيام أو أكثر تنقل البييضة إلى رحم لتستكمل نموها، لتكون بعد الوضع صورة طبق الأصل للتي أخذت منها[2].

3 . الحكم الشرعي للتنسيل

نفقت آراء العلماء في المجامع الفقهية[3]، وغيرها أنه لا يجوز التعرض للبييضة بعد التلقيح واعتبروا ذلك مشابها للإجهاض المحرم، والعبث بالأجنة الملقحة، كما اعتبروا أن العدول عن الطريق الفطري الذي قدره الله تعالى للحصول على الولد تغيير لهذا النظام، وتغيير لخلق الله.

---

(1) دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة : عبد الناصر أبو البصل، ج2،ص662،663.

(2) أحكام الهندسة الوراثية: سعد بن عبد العزيز بن عبدالله الشويرخ، ص367، ط1/ 1428هـ2007م، كنوز إشبيليا، السعودية.

(3) المجمع الفقهي الإسلامي بجدة، الدورة العاشرة صفر 1418هـ قرار 100/ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة صفر 1418هـ(512/2) أنظر أحكام الهندسة الوراثية للشويرخ، ص398.

قال تعالى حكاية عن الشيطان الرجيم:﴿وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَءَلَامُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ ءَاذَانَ ٱلْأَنْعَٰمِ وَءَلَامُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾[سورة النساء الآية 119].

إن الإنسان الذي كرمه الله حين خلقه لم يجعله مجالا للتجارب، والعبث الذي يحمل مخاطر كثيرة للحياة الإنسانية ويهدد موازين الحياة ويهدم الحضارة الإنسانية.

ما زاد ضرره على نفعه فهو حرام، وقد تأكدت حتى الآن أضرار الهندسة الوراثية في الإستنساخ وأن ضررها أكبر من نفعها[1].

الندوة الفقهية الطبية التاسعةالمنعقدة في الدار البيضاء(المغرب)(8، 11صفر 1418هـ) أنظر أبحاث فقهية مقارنة د.عبد الله بن محمد المطلق ص579، ط1430/1هـ 2009م، كنوز إشبيليا، السعودية.

[1] أنظر أبحاث فقهية مقارنة: د.عبد الله بن محمد المطلق ص581، كنوز إشبيليا، ط1430/1هـ 2009م، السعودية.

المبحث الثالث:نفي النسب الشرعي وولد الزنا

المطلب الأول: اللعان ومشروعيته

الفرع الأول: مفهوم اللعان

أولا: تعريف اللعان في اللغة والإصطلاح

أ . تعريف اللعان في اللغة:

اللعان مصدر مأخوذ من اللعن وهو الطرد والإبعاد من الخير، والملاعنة واللعان المباهلة [1].

وهو من الله: إبعاد العبد بسخطه، ومن الإنسان الدعاء بسخطه[2]، وكانت العرب تطرد الشرير المتمرد لئلا تؤخذ بجرائره وتسميه لعينا، واللعين ما يتخذ في المزارع كهيئة الرجل أو الخيال تذعر به السباع والطيور[3].

ب . تعريف اللعان في الإصطلاح:

اللعان هو:« يمين الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه »[4].

وعرفه آخرون :«حلف الزوج بألفاظ مخصوصة من قبل الزوج على زنا زوجته، أو نفي ولدها منه وحلفها على تكذيبه فيما قذفها به»[5].

ج . شرح التعريف:

اللعان مأخوذ من اللعنة وهو المباعدة ومنه (لعنه الله) أي أبعده وطرده لأن الزوجين إذا تلاعنا ابتعدا عن بعضهما فلا يجتمعان أبدا[6]، وعملية اللعن من جانب الزوج أخذت منه هذه التسمية، وكانت

---

(1) لسان العرب: ج5 ص743، 744.

(2) التعريفات: علي بن محمد الشريف الجرجاني الحسيني الحنفي،(ت 816) ص272، تحقيق:د .محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار النفائس ط1424/1هـ،2003م.

(3) المرجع السابق: ج5 ص 744 .

(4) شرح حدود ابن عرفة: ص 301.

(5) المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم: عبد الكريم زيدان، ج8 ، ص321.

(6) العرض القرآني لقضايا النكاح والفرقة: د.زينب عبد السلام أبو الفضل،ص477،دار الحديث، 2006م،القاهرة.

المرأة تدعو بالغضب، قال العلماء: واختير لفظ اللعن على لفظ الغضب وإن كانا موجودين في الآية الكريمة وفي صورة اللعان؛ لأن جانب الرجل فيه أقوى من جانب المرأة، لأنه قادر على الإبتداء باللعان دونها، وقد ينفك لعانه عن لعانها ولا ينعكس، وقيل هو من اللعن[1].

ثانيا: دليل مشروعية اللعان

شرع الله سبحانه اللعان لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود، أو نفى الحمل أو المولود الذي ولدته زوجته صيانة لعرضه، ودفعا للحد الذي ترتب عن القذف، وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع. أما من الكتاب فقوله تعالى:﴿ وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ۝ وَالْخَامِسَةُ أَن لَّعْنَتُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝ ﴾[سورة النور الآيتين:6 ،7].

قال ابن كثير(*): «هذه الآية فيها فرج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف أحد زوجته وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل[2].»

أما من السنة فهناك أحاديث كثير ثابتة منها حديث عويمر العجلاني، فقد أخرج الإمام مالك والبخاري ومسلم وغيرهم عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع إمرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله × فسأل عاصم رسول الله × عن ذلك فكره عليه السلام المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ×، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله × فقال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير قد كره

[1] انظر شرح صحيح المسلم: الإمام يحي بن شرف الدين النووي ،ج 5 ،ص303.

[2] تفسير ابن كثير: ج6 ،ص14، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع ط2، 1420هـ-1999م مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

(*) هو أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضو بن درع القرشي البصروي ثم الدمشقي، أبو الفداء، عماد الدين: حافظ مؤرخ فقيه. (701،774هـ)ولد في قرية من أعمال بصرى الشام، وانتقل مع أخ له إلى دمشق سنة 706هـ، رحل في طلب العلم.وتوفي بدمشق.من كتبه(البداية والنهاية)في التاريخ وشرح صحيح البخاري لم يكمله، وطبقات الفقهاء الشافعيين وتفسير القرآن الكريم، وكتب في الحديث وعلومه.أنظر الأعلام للزركلي ج1 ص320.

رسول الله × المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فقام عويمر حتى أتى رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع إمرأته رجلا أيقتله فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ×: قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها.

قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر:كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله×.

قال مالك قال ابن شهاب: فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين[1]وفي روايةالبخاري قال سهل:«وكانت حاملا وكان ابنها ينسب إلى أمه ثم جرت السنة أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها»[2].

وأما من الإجماع: فقد أجمع العلماء على مشروعية اللعان، وأجمعوا على أن الرجل إذا قذف زوجته قبل أن يدخل بها أنه يلاعنها[3].

أما من القياس: فقد دُلّل عليه:« أنه لما كان الفراش موجبا لِلُحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده، وتلك الطريق هي اللعان[4]».

الفرع الثاني: أسباب اللعان وكيفيته

حرص الشارع على صيانة الأعراض والأنساب وشدد في ذلك فارتقى بنصاب الشهادة من شاهدين في المعاملات إلى أربعة شهود في الشهادة على الزنا والقذف، وخص لمن يقذف زوجته بألفاظ اللعن والمرأة بالغضب، وضيق على من صدر منه لفظ القذف أو التبرء من الولد، وقد حصر الفقهاء سبب اللعان بالقذف، أو نفي الولد أو بغير ذلك.

أولا: أسبابه أ. القذف بالزنا: وصورة ذلك أن يقول لامرأته: يا زانية، أو رأيتك تزنين فإن أثبت دعواه بشهادة أربعة رجمت المرأة وإلا وجب عليه اللعان.

---

(1) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: ج3 ص241.244.

(2) هذه الزيادة عند البخاري في كتاب الطلاق باب التلاعن في المسجد الحديث، ج 5 ص 2033 .

(3) الاجماع : ابن المنذر تقديم مراجعة الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، ص85 ،مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الإسلامية لدولة قطر ،ط1411/3 هـ1991م.

(4) بدية المجتهد ونهاية المقتصد: ج 2،ص 115.

ب . القذف بنفي الولد:

كأن يقول هذا الولد من الزنا، أو يقول هذا الولد ليس مني، فإن قال ذلك أصبح قاذفا بالزنا ووجب عليه اللعان، هذين السببين مجمعا عليهما بين المذاهب وبعض المالكية فرَّعوا على القذف بالزنى إلى قسمين: دعوى مشاهدة، ودعوى مطلقة فكانت الأوجه ثلاثة.

جاء في منح الجليل:« اللعان يجب بثلاثة أوجه وجهان مجمع عليهما؛ وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمرود في المكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك، أو ينفي حملا يَدَّعي استبراء قبله، والوجه الثالث أن يقذفها بالزنا ولا يدعي رؤية ولا نفي حمل وأكثر الرواة قالوا يحد ولا يلاعن [1]».

قال ابن العربي:«وظاهر القرآن يكفي لإيجاب اللعن بمجرد القذف من غير رؤية فلتعولوا عليه»[2] وفي الحديث الصحيح: أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا، فقال النبي ×:« اذهب فأت بها فلاعن بينهما ولم يكلفه ذكر رؤية»[3].

والذي يظهر من هذه الأقوال الإقتصار على الرمي بالزنى من غير وصف رؤية ولا بيان، على عكس الشهادة من غير الزوج بإنها توجب الحد، وقد تعبد الله بلفظها وعددِها وصفتِها فلا يبدل منها شيء أما اللعان فأمر آخر؛ فإن الزوج محتاج لحفظ نسبه فيدفع عن نسبه ماستطاع، ولا يحتاج إلى بينة، أو ذكر وصف، أو حال، ويكفي في ذلك اليقين ويدخل في ذلك الأعمى إذا أحس أو جس بيده، أو أخبره مخبر وإن كان غير مقبول الشهادة كالمرأة عند المالكية[4]، ويستوي في ذلك قذفه لها بالوطء في القبل أو الدبر لأن الرمي به معرة [5].

وقال أبو حنيفة: لا يلاعن لأن اللواط لا يوجب الحد فبناه على أصله[6].

---

[1] منح الجليل على شرح مختصر سيد خليل: ج4 ص 273 .

[2] أحكام القرآن: ابن العربي ج3، ص281.

[3] صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب اللعان ج5 ص297 .

[4] الفقه المالكي وأدلته: الحبيب بن طاهر، ج 4 ص، 158، مؤسسة المعارف لبنان، ط2، 2005/1426م.

[5] أحكام القرآن: ابن العربي ج3 ص 284 .

[6] المغنى: ابن قدامة المقدسي، ج11،ص136، عالم الكتب، الرياض،ط3/ 1417هـ 1997م.

ثانيا: كيفية اللعان : اللعان يبنى على اعتبارين ووصفين:

أ ـ الإعتبار الأول: قذف الزوجة بالزنا

وفي هذه الحالة: يحضر الزوجان في أطهر بقعة هي المسجد، ويقيمهما بين يديه فيبدأ الرجل أولا بأن يقول أربع مرات: أشهد بالله لزنت(لرأيتها تزني)وإني لمن الصادقين ويقول في المرة الخامسة " لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين أو إن كنت كذبت عليها، ولا يشترط أن يقول كالمرود في المكحلة، ولا يزيد لفظ "الذي لا إله إلا هو [1].

وتقول الملاعِنة أربع مرات: أشهد بالله ما زنيت أو ما رآني أزني، وفي المرة الخامسة تقول غضب الله علي إن كان من الصادقين، "[2].

ب ـ الاعتبار الثاني : نفي الحمل أو الولد

إذا ظهر بالزوجة حمل فأنكر الزوج هذا الحمل لغيبته؛ كأن سافر أوكان في سجن وغيره، فحملت زوجته من بعده، ففي هذه الأحوال يرفع أمرهما إلى القاضي فيلاعن بينهما، ويبدأ بالزوج فيقول: أشهد بالله ما هذا الحمل مني، ولا يلزم من نفي الحمل كونها زنت لأن الحمل قد يأتي من وطء بشبهة[3]. ويقول في الخامسة، لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين أو إن كذبت عليها.

وتقول الملاعنة أربع مرات: أشهد بالله ما زنيت أو مارآني أزني، وفي المرة الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فإذا أشهدت أربع مرات وقفها الحاكم ووعظها: وقال لها اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وكل شيء أهون من لعنة الله.

وعند الحنابلة: أنه يضع رجل يده على فيه ليوقفه عن الكلام، فإن رآه يمضي في ذلك أرسله. والمرأة أيضا تضع امرأة يدها على فيها عند الرابعة،فإن رآها تمضي على ذلك ترسل[4].

وألفاظ اللعان متقاربة عند الجمهور ليس بينهم في ذلك كبير خلاف،شرط أن يكون بحكم حاكم.

---

(1) الفقه المالكي وأدلته: حبيب بن طاهر ،ج4 ،ص 168،169.

(2) نفس المرجع: ج4 ص169.

(3) بداية المجتهد: ج 2،ص119، المغنى ج 9،ص 62، أحكام القرآن للجصاص ج3،ص289.

(4) الروض المربع شرح زاد المستقنع: ج3، ص201 منصور بن يونس بن إدريس البهوتي مكتبة الرياض الحديثة1390هـ.

الفرع الثالث: آثار اللعان

أولا: أوجه الفرقة بين الزوجين

1. رفع العقوبة (الحد) عن الزوج

من موجبات القذف ترتب الحد على القاذف، فإن كان زوجا وجب عليه اللعان فإن لاعن رفع عنه الحد، وإن أبى ذلك حُدَّ، لقول النبي ×: «البينة أو حد في ظهرك [1]».

ولقوله تعالى:﴿وَالذِين يَرْمُونَ أَلْمُحْصَنَـٰتِ ثُمَّ لَمْ يَاتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً﴾[سورة النور الآية:4] والآية عامة في الزوج وفي الأجنبي[2]،وجاء في قول عويمر العجلاني(*)للنبي ×: لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا فتكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه[3]، ثم جعل الإلتعان للزوج مقام الشهود، لقول الله:﴿وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمُۥٓ أَرْبَعَ شَهَـٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ أَلصَّـٰدِقِينَ﴾[النور الآية 7].

وتندرئ العقوبة أيضا عن الزوجة إذا التعنت بصريح الآية:﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا أَلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَـٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ أَلْكَـٰذِبِينَ ۝٨ ﴾[النور الآية 8]؛ووجه ذلك أنه ينتقل الحد إليها فإذا ثبت هذا فلها أن تخلص نفسها بالالتعان، فإن التعنت سقط الحد عنها، وإن نكلت(أبت) حدت إما بالرجم إن كانت محصنة، أو بالجلد إن كانت بكرا، وقال أبو حنيفة:" لاحد عليها وتحبس[4]".

---

[1] رواه أبو داوود في سننه: ج 2 ص 276 .

[2] داية المجتهد: ج2، ص 120.

[3] صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب اللعان، ج 5 ص 300 .

[4] بدائع الصنائع ج3،ص223علاء الدين الكاساني،تحقيق الناشر دار الكتاب العربي، بيروت 1982 المعونة: عبد الوهاب البغدادي،ج2 ،ص 654، 655 شركة القدس للتصدير، د.ت. ط.

(*) عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري. صاحب اللعان قال الطبري: عويمر بن الحارث بن زيد بن حارثة بن الجد العجلاني، هو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وذلك في شعبان سنة تسعٍ من الهجرة، وكان قدم من تبوك فوجدها حبلى ثم قال بعد ذلك: وعاش ذلك المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيراً. أنظر الإستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر،ج1، ص380.

2. قطع النسب من الحمل الظاهر:

إن الفائدة التي يتوخاها الملاعن والهدف الذي من أجله لاعن إنما لإبعاد نسب ما ليس منه وتبرئة فراشه مما لحق به من الأذى؛ ولذلك لما لاعن هلال بن أمية(*) قال النبي × :«حسابكما على الله أحدكماكاذب لا سبيل لك عليها[1]».

وروي أن رجلا لاعن امرأته وانتفى من ولدها ففرق النبي × بينهما وألحق الولد بالمرأة [2].

والتفريق يحتمل معنيين: أحدهما: أن انتفاءه من ولده كان سبب اللعان.

ثانيهما: أنه لاَعَنَهَا بدعوى ادعاها من رؤية أو غيره فلاعن[3].

وضرورة الزوج إلى نفي الولد أشد من ضرورته إلى قذفها لأن به حاجة إلى أن يزيل عن نفسه نسب ليس منه، وهو أكثر من حاجته إلى القذف بالزنا.

وقد راعى الفقهاء زمن رمي الزوج لزوجته وحدُّوا له زمناً، حتى لا يكون اللعان سيفا مسلّطا على الزوجة يرفعه الزوج متى شاء، فقالوا: إذا ظهر بالزوجة حمل ورآه الزوج فإن أقر به لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك، فإن نفاه حُدَّ، فإن ظهر الحمل فإن نفاه فإنه يُنظَر هل استبرأها، فإن ادعى الإستبراء فله الملاعنة، وإن لم يدَّع الإستبراء قيل: ليس له الإلتعان، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر ألحق به وإلا صار الولد للعان[4].وقيل يلحق به الولد ويحد ولا يلاعن، لأن اللعان لا يمكن أن ينفي به النسب مع اعترافه بالوطء وثبوت حكم الفراش،ولامعنى لإسقاط الحد لأن العادة تشهد بكذبه، لأن الإنسان لا يطأ امرأته بعد أن يراها تزني، فإن ادعى ذلك فقد أكذب نفسه[5].

---

(1) صحيح البخاري: كتاب النكاح باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب ج3،ص 421.

(2) المنتقى شرح موطأ مالك: القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ج 5 ص324 .

(3) نفس المرجع ج5 ص324.

(4) المدونةالكبرى: ج 2 ص357، دار الكتب العلمية، ط /1/ 1415هـ / 1994م، بيروت لبنان.

(5) المعونة ج 2ص 656.

(*) هلال بن أمية بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفي شهد بدرا وما بعدها، وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم وقيل أنه عاش الى خلافة معاوية . الإصابة في تمييز الصحابة أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: تحقيق:علي محمد البجاوي ج6ص546 دار الجيل ،بيروت،1412هـ.

3 . وجوب الإستبراء

القول الأول: إن الإستبراء في اللعان يكفي منه حيضة واحدة لأنه إنما يقصد به تحقيق نفي الحمل ووجود وجه يقتضيه، وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الأمة[1]؛ ولأن الزوج في حالة الضرورة لأمر يخاف فواته ولا يستدرك، ووجه اعتبار(الثلاث حيض) إعتباره بما عدا اللعان[2].

القول الثاني: يشترط أن تكون ثلاث حيض وبه قال عبد الملك رواية عن مالك لأنه استبراء لحرة فيعتبر فيه عدد الأقراء كالعدة[3].

والأنسب أن الاستبراء يجزي منه حيضة واحدة؛ لأنه كونه ليس عِدَّة يعتبر فيه الأقراء، ولأنه لم يرد فيها نص أو نقيسه على ما فيه نص، فنفوت غرض الشارع من مشروعية اللعان.

4 . وقوع الفرقة الأبدية:

ويكون ذلك بإكمال الزوج للعان من جهة واحدة وهو قول للشافعي[4]، وبإكمال اللعان من جهة الزوجين وهو للمالكية، دليله فعل النبي × أنه لما التعن هلال بن أمية دعا رسول الله × الزوجة فلما التعنت فرق بينهما [5]؛ومعناه أعلمهما بحكمهما وأن حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما وتأبيد التحريم، ولا يفتقر ذلك إلى حكم حاكم لأن الحكم إنما بمقتضى الشرع ليس فيه محكوم له فيحكم بذلك عليهما، وفي رواية لأحمد أن الفرقة لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما[6].

وهوللحنفيةأيضا[7]، والتحريم مؤبد بينهما لا تحل له بأي حال "لأن كل تحريم أوجب التأبيد لم يكن له إلى رفعه سبيل بإكذاب نفسه، أصله إقراره بأنها أخته من نسب أو رضاع[8].

---

[1] المتنقى: ج5، ص 326.

[2] المعونة: ج 2، ص 657 .

[3] الإستذكار: ج 6، ص 95.

[4] الأم: محمد بن إدريس الشافعي ج5ص248 دار المعرفة 1393هـ، بيروت.

[5] سنن أبي داوود: كتاب الطلاق باب في اللعان ج2، ص277.

[6] المبدع في شرح المقنع:إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي،المكتب الإسلامي 1400هـ لبنان.

[7] بدائع الصنائع :ج 2 ص 336

[8] المعونة: ج2 ص 660.

وكذلك التحريم إذا أطلق بدون تقييد حمل على التأييد، وقال الحنفية إن أكذب نفسه حلت له[1].

قال مالك:« السنة عندنا أن المتلاعبين لا يتناكحان أبدا وإن أكذب نفسه جلد الحدَّ وأُلحِق به الولد، ولم ترجع إليه أبدا، وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيه ولا خلاف[2]».

وهو مذهب ابن عمر حيث أفتى للسائل عن المتلاعنين قول النبي ×:« أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها»، وهذا يقتضي التأبيد فيحمل عليه، وأيضا فإن اللعان أوقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعان بعدها أبدا، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة، وهؤلاء قد عدموا ذلك، ولا أقل من أن تكون عقوبتها الفرقة[3]،وهذا يتناسب مع هذه الزوجية التي وصلت إلى هذا الحد من العداوة والتقاطع.

وجاء في السنن: «فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا[4]».

ثانيا: شروط صحة اللعان

1- أن لا يعتمد على مشابهة الولد لغيره كسواد أو بياض ووالده على عكس من ذلك، وأن الولد يلحق بالزوج ولا يجوز له الانتفاء من ولده بمجرد الظن، ولو خالفه في اللون.

قال القرطبي: "لاخلاف في أنه لايحل نفي الولد باختلاف الألوان المتقاربة كالأدمة والسمرة ولا في البياض والسواد، إذا كان قد أقر بالوطء ولم تمض مدة الاستبراء[5]".

والمالكية يرون في أن التعريض الذي يجب به القذف ما يفهم منه القذف كما يفهم من التصريح، فإذا انضم لذلك قرينة (زنا) مع إنكار اللون جاز النفي[6].

---

(1) بدائع الصنائع: ج 3 ص245.

(2) الموطأ بشرح المنتقى للباحي: ج5،ص333.

(3) داية المجتهد: ج2 ص 121.

(4) سنن أبي داوود كتاب الطلاق باب في اللعان ج2 ،ص273 .

(5) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني تعليق وتخريج أبو عبد الرحمن عادل بن سعد، ج3 ،ص257 دار نور الكتاب، الجزائر 1428هـ، 2007م..

(6) فتح الباري: أحمد بن علي ابن حجر أبو الفضل العسقلاني،ج9ص549، دار المعرفة، بيروت،1379م.

وهـذه الآراء مستندها الحـديث الـذي فيـه أن أعرابيـا قـال يارسـول الله: إن امـرأتي ولـدت غلامـا أسودا ؟ فقال: هل لك من إبل؟. فقال نعم قال:ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: فهل فيها من أورق؟ قال: نعم قال: فأنى ذلك؟ قال لعل نزعه عرق قال: فلعل ابنك هذا نزعه[1].

2- لايعتمد في اللعان على العزل، أو الحساب، أوغيرها من المعاشرة إن أقر بالوطء: وكذا في الرؤيا لابد من ذكر ما يفيد الزنا وإلا كان ظنا لا يلتفت اليه،كأن يقول: رأيتهما معا في غرفة واحدة وغيره، أو في لحاف.

جاء في المنتقى: ومن أنكر ولده بالعزل لحق الولد به، وكذلك كل من وطئ في موضع يمكن وصول الماء منه إلى الفرج[2]، والمسألة متسعة الجوانب فقد تحمل المرأة ولا زوج لها، وإن كان المالكية يرون في حدِّ من ظهر منها حمل إن لم تكن ذات زوج، وإذا لم يكن من اغتصاب أو بوطء شبهة، أو غلبت على أمرها ولم تخبر، ويمكننا اللجوء في ذلك إلى الطب الشرعي لمراعاة حالة الاغتصاب، ووقت حدوثه وأثر ذلك، وهو موكول لأهل الخبرة لمعرفة ذلك، وأخذ العينات لمعرفة صاحبه.

جاء في المدونة:" لالعان من الزوجين إلا أن يرميها بزنا، أو ينفي حملها، فإن رماها بالزنا ولم يدَّع رؤية ولم يُرِد أن ينفي حملا فعليه الحد لأن هذا مفتر[3]".

فإن لم تكن له بينة على ماذكر فعليه الأدب دون الحد، وإذا فهم منه التعريض بالرمي فإنه يلاعن وقيل يحد، والأمر يرجع إلى حالة الزوج حال الرمي،تصريحا أوتعريضا أوتشهيرا.

2 . **مسقطات اللعان** من مسقطات اللعان أن تأتي الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد كشهر، أو شهرين فينتفي عنه بغير لعان لقيام المانع الشرعي من لحوقه بالزوج[4].

1 . أن تأتي به والزوج مقطوع البيضة اليسرى لأنه لا يولد له، كالمجبوب (مقطوع الذكر)

لأنه لايولد له فلم يلحقه نسب باتفاق كافة أهل العلم، لأنه يستحيل منه الإنزال.

2 . أن تأتي به الزوجة والزوج صبي لا يولد لمثله، فينتفي عنه من غير لعان.

---

(1) فتح الباري: ج 9.ص.547 .

(2) المنتقى: الباحي ج.5ص 327.

(3) المدونة الكبرى: ج2، ص 360.

(4) الفقه المالكي وأدلته: ج 4 ص 161.

3. أن تدعي الزوجة الحمل أو الولد لمن لا يمكن اجتماعه معها؛ كمشرقي بمغربية، أو يكون بينهما من المسافة ما إن قدم بعد العقد كان الباقي لا يمكن تكوُّن الولد فيه، ويفترض هنا أن العقد بينهما تولاه ـما، وهما في مكانهما لقيام المانع العادي، أو طلاقها بعد العقد، أي عقب إبرام العقد وقبل غيبته، فإن هذا لا يلحق عند الجمهور لقيام المانع العادي، ولا يحتاج إلى لعان، ويرى الحنفية إلحاق الولد إعتبارا بالعقد ومدة الحمل، وهوأمر شك لا يثبت أمام اليقين(العقد مع إمكان الدخول).

ثالثا: الرجوع عن اللعان واستلحاق الولد والتوأمين

إذا قذف الزوج الزوجة ثم رجع عن ذلك، فتجب عليه بعض الأحكام دون بعض منها:

1. لحوق الولد به: سواءا كان قبل اللعان أو بعده، فإن كان قبل أن يلاعن الزوج حُدَّ ولم يكن له أن يلاعن، وإن كان بعد أن يلاعن هو وقبل أن تلاعن الزوجة جُلد الحد، ويسقط عنها اللعان ويلحق به الولد على كل حال [1]، وله أن يستلحق ولده بعد نفيه ولا يقبل نفيه بعد الإعتراف به (أي بعد استلحاقه [2]).

ويبقى النسب ثابتا إذا اعترف به ثم ادعى رؤية الزنا فإنه يلاعن ليسقط الحد عن نفسه، وقيل يحد ولا يفيده ذلك شيئا؛ لأن اللعان إنما جعل لنفي النسب ودفع الحد، فإذا لم يرفع النسب لم يرفع الحد، وقيل أنه لا يحد لأن اللعان موضوع في الأصل لأمرين: أحدهما سقوط الحد بالقذف والآخر نفي النسب، فلا يمتنع أن يلتعن لأحدهما مع عدم الآخر [3].

2- الرجوع بالنفقة على الحمل وأجر الرضاع ونفقتها بعد ذلك إن كان في تلك المدة مليا (غنيا).

3- إذا استلحق الملاعن أحد التوأمين لحقا به معا وحُدَّ، لأنهما كالشيء الواحد بشرط أن لا يكون بينهما أكثر من ستة أشهر، وإلا فهما بطنان ليسا بتوأمين، فاستلحاق الأول لا يستلزم لحوق الثاني ولا يحتاج في ذلك إلى سؤال النساء(أهل الاختصاص أوما يحل محلهم في كل عصر) [4].

---

[1] المنتقى: الباجي: ج 5، ص 334.

[2] انظر المعونة: ج 2، ص660.

[3] نفس المرجع :ج2 ،ص 658 .

[4] الفقه المالكي وأدلته: ج4، ص177.

4- إيقاع الحد على الزوج: إذا أكذب نفسه وأبطل ما كان له من اللعان صار قذفه لها ظلما فوجب عليه الحد.قال مالك: ((وإن أكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع أبدا فإن كرر قذفه لها بعد أن حد لها فقيل يحد وقيل يلاعن [1])).

2 . اللعان في التوأمين

يعرِّف الفقهاء التوأمين بأنهما الّذيْنِ خلقا من ماء واحد في زمن حمل واحد، فإذا وُلد الثاني عقب الأول أو بعده بمدة تقل عن ستة أشهر فهما توأمان[2].

والنفي لأولهما يستتبع النفي للثاني، وعلى ذلك فإن نفي الأول يصح باللعان ويتبعه الثاني(لأن مالكا يجيز اللعان للحمل فيكون قد لاعنهما جميعا) فإن ادعى التوأم الثاني فإنه ينسب إليه بالدِّعوة وينسب إليه الأول ويحد حد القذف، لأنه لا يعقل أن يثبت نسب أحدهما دون الآخر.

وعند الشافعي أن الولد الثاني لا ينتفى عنه إلا باللعان، فإن سكت أو ادعاه ثبت نسب الأول وذلك لإتحادهما في مادة، إذ هما من ماء واحد، لكنه يحد حد القذف إن اعترف بالثاني صراحة[3].

الحقيقة العلمية: التوأمين الحقيقيين والتوأمين غير الحقيقيين

أثبت العلم بأنه يوجد نوعين من التوائم وهما:

التوأمين الحقيقيين: ويولدان من نسل رجل واحد وهذا عندما يلقح الرجل البيضة في رحم المرأة وتنقسم البيضة إلى شطرين، فيولد للمرأة توأمان يدعان بالحقيقيين لكونهما يشبهان بعضهما.

التوأمين غير الحقيقيين: ويولدان عندما تنزل بيضتان من مبيض المرأة وتستقران في الرحم وقد يلقح رجل واحد البيضتين فيولد توأمين غير حقيقيين(أي لا يشبه أحدهما الآخر) وقد تلقح كل بيضة من رجل غير الأول ويكون بصدد توأمين غير حقيقيين ومختلفي النسب، لكون أبوهما مختلف فهما إخوة الأم ولا يشتركان في الأب، ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق القواعد الفقهية بشان اللعان في حالة ولادة التوأمين غير الحقيقيين، فقد يكونان من أب مختلف، وهنا يكون اللجوء إلى الخبرة الطبية بتحليل الدم وتحليل الحامض النووي[4].

---

(1) المدونة الكبرى: ج 2 ،ص 354 .

(2) الخرشي على مختصر سيدي خليل: ج4 ص135.

(3) المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية: لحسن بن الشيخ آث ملويا ،ج:1ص:121دار هومة 2006م .

(4) نفس المرجع ،ج:1ص: 122.

المطلب الثاني: ولد الزنا

الفرع الأول: تعريف ولد الزنا في اللغة والإصطلاح

أولا:تعريف ولد الزنا باعتباره لفظا مركبا

أ . :تعريف الولد في اللغة

الولد بوزن فَعَل مثل أسد ووثن، وفيه لغة وِلد ووُلد بكسر الواو وضمها، وهو يطلق على المولود ذكرا كان أو أنثى، والوَلد إسم يجمع الواحد والجمع. ويقال فيه أولادٌ ووِلدةٌ وإِلدةٌ [1].

وفي معجم مقاييس اللغة: الواو واللام والدال أصل صحيح وهو دليل النجل والنسل[2].

ويقال للمتبنَّى ولد، قال تعالى:﴿أَوْ نَتَّخِذَهُۥ وَلَداً﴾[سورة القصص الآية 9.]

ب . تعريف الولد في الإصلاح:

عبارات الفقهاء في أبواب الفقه يقصدون به النسل وهو شامل للذكر والأنثى لأن الولد إسم للمولود وهو يتناول ذلك كلّه[3].كما يشمل الولد الأبناء وإن سفلوا،قال تعالى﴿يَـٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾[سورة الأعراف الآية31]يخاطب أمة ×.

وقول النبي × :(إرموا بني إسماعيل فان أباكم كان راميا)[4]، فجعل المخاطبين لجدهم الأبعد فدخلوا في عموم الأولاد الذي يشمل البنين والبنات، والصحيح أنه مجاز في دخول إبن الإبن في مدلول الإبن في الأحكام الشرعية، ولهذا يصح نفي كونه ولده فيقال: ما هذا ولدي وإنما هو ولد ولدي[5].

ج . تعريف الزنا في اللغة :

الزنا يمد ويقصر زنى الرجل يزني زنى مقصور وزناءٌ ممدود.

---

(1) لسان العرب: ابن منظور ج 2 ، ص 345 .

(2) معجم مقاييس اللغة :ج 6 ص 143 .

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج 4 ص 461.

(4) صحيح البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب التحريض على الرمي ،ج2 ص227.

(5) أحكام القرآن :ابن العربي ج1 ،ص358.

والمقصور لغة أهل الحجاز، والمد لغة بني تميم، وفي الصحاح المد لأهل نجد.

وهو ابن زِنية وزَنية بالكسر والفتح، والفتح أعلى، وهو نقيض قوله لَرشدة ورُشدةٍ والزَّناء القصير وأصله الضيق ومنه الحديث : (لايصلين أحدكم وهو زَنَّاء) أي:مدافع للبول [1].

د . تعريف الزنا في الإصطلاح

عرفه المالكية بقولهم :الزنا وطء مكلف مسلم فرج آدمي قبلا أو دبرا لاملك له فيه، وعرفه ابن رشد بقوله: هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين[2].

وعرفه فقهاء الحنابلة أنه: إتيان الفاحشة من قبل أو دبر من امرأة لايملكها (ولاشبهة له في وطئها) أو من غلام أو فعل ذلك به[3].

وعرفه الحنفية :هو الوطء في قبل خال عن ملك وشبهة.أو هووطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الإسلام أو تمكينه من ذلك أو تمكينها [4].

وعليه فإن أقرب التعاريف وأدقها تعريف الحنفية والمالكية، فإنه تعريف جامع مانع جمع كل أفراد المعرف في أخصر تعريف وأدقه.

تعريف ولد الزنا:

بعد أن عرضنا للتعريف بمصطلحي " ولد " و"الزنا" يمكننا أن نعرف ولد الزنا بأنه :المولود الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة ذكرا كان هذا المولود أو أنثى[5].

ثانيا: صوره في الفقه الإسلامي .

توسع بعض الفقهاء في ذلك حيث عدوا اشتغال رحم المرأة على ماء رجل أجنبي "زنا" وإن كان من غير طريق الإتصال العضوي بينهما، كاستدخال المني إلى رحم أجنبية فنشأ عنه حمل.

---

(1) لسان العرب: ج 6، ص 256، 257 .

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج 2 ص 433 .وانظر الشرح الكبير للدردير: ج 4 ،ص 313.

(3) العدة شرح العمدة: بهاء الدين عبد الحمن بن إبراهيم المقدسي ج2 ص170، صحح نصوصه وخرجها صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان د.ت .ط.

(4) التعريفات: ص 184، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي،ج5 ،ص4.

(5) الموسوعة الفقهية الكويتية: ج3 ص 70 .

قال النووي(*):«واستدخال المرأة مني الرجل يقام مقام الوطء في وجوب العدة وثبوت النسب»[1].

وجاء عن أبي حنيفة:«إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شيء فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك، فعلقت الجارية وولدت فالولد ولده، والجارية أم ولد له[2]».

وينبني على كلام الفقهاء اعتبارهم ولد الزنا لا يكون عن طريق الإتصال الجسدي بين الرجل والمرأة وإنما يشمل بالتقاء ماءيهما بأي طريقة كانت، وقد شاع في عصرنا طرق عدَّة للتلقيح وأصبح في مقدور أي إنسان (رجل أو امرأة) الإلتجاء إلى المخابر الخاصة بذلك، من أجل التلقيح قصد الإنجاب بصور متعددة، وطرق متنوعة، فما كان منها حراما صحت نسبته إلى الزنا.

وإذا كان التلقيح البشري بغير ماء الزوج على هذا الوضع وبتلك المنزلة كان دون شك أفضع جرما وأشد نكرا من التبني؛ فإن التلقيح يجمع نتيجة التبني المذكور وهي إدخال عنصر غريب في النسب، وبين خسة أخرى وهي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد[3].

الفرع الثاني: التمييز بين ولد الزنا وما يشبهه من الحالات الأخرى

1: التمييز بين ولد الزنا وولد الملاعنة

ولد الملاعنة: هو الولد الذي ادعى الزوج أنه ليس منه وأنه من زنى وأنكرت ذلك الزوجة فتلاعنا لأجله، فلم يلحق هذا الولد(للعان)الزوج ولم يثبت نسبه من الأب ولم يثبت أنه من زنا، وهو إدعاء من طرف الزوج وإنكار من الزوجة، فكان اللعان دارئا ودافعا حد القذف عن الزوج، ودارئا حد الزنا عن الزوجة، فولد اللعان وإن أشبه ولد الزنا في تعذر النسبة إلى الأب إلا أنه لا يأخذ حكمه.

---

[1] روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، ج 8 ص365 تحقيق المكتب الاسلامي 1405هـ بيروت.

[2] البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ابن نجيم الحنفي، ج4، ص 292.

[3] مجلة المجمع الفقهي الإسلامي: الدورة الثانية العدد الثاني، ج2،ص157، 1407 – 1986م.

(*) النووي:هو يحي بن شرف بن مري بن حسن النووي أبو زكريا ، محي الدين من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق،علامة في الفقه الشافعي والحديث، واللغة تعلم في دمشق وأقام بها زمنا، من تصانيفه: المجموع شرح المهذب لم يكمله وروضة الطالبين والمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ،ولد سنة 631هـ توفي سنة 676هـ وله من العمر45سنة. انظر الأعلام للزركلي ج8ص149.

ويشتبهان فيما يترتب على ذلك من قيام الأم مقام الأب بالنسبة لهما، فينسبان إلى أمهما ولا يرثان بالنسب إلا منها، و ممن أدلى إليهما بها كالأخ لأم[1].

ويفترق ولد الزنا مع ولد الملاعنة في كونه ناتجا عن زنا وذلك في أمور.

1- من وصف ولد الملاعنة بأنه ولد زنا (أي قذفه بأمه) طلب منه البينة، أو يحد القاذف عند جمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة بخلاف ولد الزنا [2].

2-تقبل شهادة ولد الملاعنة في الزنا عند المالكية بخلاف ولد الزنا، فإنه لا تقبل شهادته فيه[3]

3- تكره إمامة ولد الزنا عند بعض العلماء بخلاف ولد الملاعنة [4].

4- انتفاء الولد عن الملاعن لا يمنع من لحوقه بعد الاعتراف، بخلاف ولد الزنا فإنه لا يلحق بالزاني وإن استلحقه في قول جماهير الفقهاء؛ لأن الأصل في ولد اللعان اللحاق والنفي طارئ ،وولد الزنا لم يكن لاحقا بحال[5].

2: ولد الشبهة

أ. تعريف الشبهة في اللغة:

هي أن لا يتميز أحد الشيئين عن الآخر لما بينها من التشابه عيناً كان أو معنى[6].

وعرفها آخر: هو ما لم يتيقن كونه حلالا أو حراما [7].

ب. الشبهة في الاصطلاح:

«نكاح الشبهة أن ينكح نكاحا فاسدا مجمعا على فساده، لكن يدرأ الحد كأن يتزوج بمعتدة أو

---

(1) البحر الرائق: ج8 ص574 . وانظر الإستذكار: ج5 ص377.

(2) التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، ج6 ص301، دار الفكر 1398 هـ بيروت.

(3) نفس المرجع: ج6 ص 161، وانظر الشرح الكبير: أحمد الدردير، ج4 ص 173.

(4) البحر الرائق: ج1 ص 370. وانظر المدونة الكبرى، ج8 ص357، 358.

(5) روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي ج 8 ص 358، المكتب الإسلامي1405هـ بيروت.

(6) معجم مفردات ألفاظ القرآن: ص260، القاموس المحيط: ج4ص286 دار الجيل، بيروت .د.ت.ط.

(7) التعريفات: الجرجاني، ص 198.

خامسة أو ذات محرم غير عالم ويتلذذ بها أو يطأ امرأة يظنها زوجته[1]».

ولد الشبهة من الإشتباه وهو غير مؤاخذ به لقوله تعالى:﴿رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوَ اَخْطَأْنَا ﴾[سورة البقرة الآية 286]ولقوله ×:« ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم[2]».

وهو ينسب إلى أبيه الواطئ ويحد قاذفه، أما ولد الزنا فإنه يترتب على فعل الزنا الإثم واستحقاق الحد ولا يحد قاذفه بأمه، وولد الشبهة لا خلاف في معاملته معاملة الإبن الشرعي في بقية الأحكام من ميراث، وشهادة، وغيرها... وقد سبق ذكرها في نكاح الشبهة.

3: الولد اللقيط

أ. تعريف اللقيط في اللغة : لقيط بمعنى مفعول أي ملقوط أو ملتقط من لقط الشيء إذا أخذه من الأرض[3]، وقد غلب اللقيط على الولد المنبوذ يلتقط.

ب. تعريف اللقيط في الاصطلاح :

اسم لما يطرح على الأرض من صغار بني أدم خوفا من العيلة، أو فرارا من تهمة الزنا[4].

و عُرِّف أيضا: هو: صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رِقُّه[5].

وعرَّفه بعضهم بأنه: طفل نبيذ بنحو شارع لا يعرف له مدع[6].

---

[1] الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني: الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ص 450، مكتبة رحاب الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية 1987م.

[2] سنن الترمذي: كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ص436.

[3] مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، ص382.

[4] التعريفات: الجرجاني،ص273.

[5] الشرح الكبير: أحمد الدردير، ج 4 ص 124.

[6] نهاية المحتاج: ج5 ص 446.

ج . الفرق بين اللقيط ولد الزنا :

- اللقيط مجهول النسب، والأصل فيه السلامة وأنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه ابن زنا [1].

-أنه لا يأخذ أحكام ولد الزنا التي تخص ابن الزنا؛ ككراهة إمامته وشهادته، وحكم النسب.

- اللقيط يثبت نسبه بمجرد الدِّعوة " فإذا ادعى شخص أن هذا اللقيط ولده ويمكن أن يولد منه فإن دعواه تسمع، ولو من غير بينة ويثبت نسب اللقيط منه[2].

وخالف المالكية الجمهور في ذلك واشترطوا ثبوت نسبه بالبينة، غير أن هذه البينة ليس فيها تشديد كأن يدعي أنه طرحه وعادة الناس في طرح أولادهم على الطريق رجاء أن يعيش لهم الولد.

أما ولد الزنا وإن عُرف أبواه أو أحدهما وأتى بالبينة فإنه لا يثبت به النسب كما سنرى.

ملاحظة: الغالب في اللقيط والمنبوذ أنه ولد زنا فقد سئل الإمام مالك عمن قال لرجل: يا منبوذ فقال: لا يعلم منبوذ إلا ولد الزنا[3].وأما لو نفى نسبه مطلقا كابن الزاني أو الزانية أوابن الزنا فيحد؛ لأنه يلزم من كونه منبوذا أن يكون ابن زنا، وقول مالك: من قال لمنبوذ بابن الزانية لا حد عليه ويؤدب ضعيف[4].

4: ولد المغتصبة:

ولد الإغتصاب: هو ولد زنا ناتج عن علاقة غير شرعية إلا أن المرأة تكون مكرهة على الزنا فيرتفع الإثم عنها، والإغتصاب مفارق للزنا من جهة المرأة فهي مكرهة لا ذنب لها، والمكره مرفوع ذنبه في الفعل الذي هو أشد من الزنا[5].

وولد الإغتصاب لافرق بينه وبين ولد الزنا من حيث ما يتعلق بولد الزنا من أحكام فيأخذ ولد الإغتصاب حكم ولد الزنا، لا أب له.

---

[1] الشرح الكبير: أحمد الدردير، ج 4،ص124.

[2] أسنى المطالب في شرح روض الطالب: ج2 ص320.

[3] شرح حدود بن عرفة الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية: أبي عبد الله الأنصاري الرصاع، ص566 ،تحقيق محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي ط1993/1م،لبنان.

[4] الشرح الكبير: الدردير، ج 4، ص325.

[5] فتاوى معاصرة: د.يوسف القرضاوي،ج2 ،ص547، دار الوفاء المنصورة ط/3 ،1413هـ 1993م.

المطلب الثالث: استلحاق ولد الزنا

الفرع الأول: مفهوم الإستلحاق

أولا: استلحاق الزاني ولده من الزنا إذا كانت أمه فراشا:

أ . معنى الفراش: الفراش واحد الفرش وقد يكنى به عن المرأة[1].

أ- الفراش زوجة الرجل ويقال للمرأة هي فراشه لأن الرجل يفترشها، ويكنى بالفراش عن كل واحد من الزوجين[2].

ب- الفراش تستعمل بمعنى الوطء، كما تستعمل بمعنى تعيُّن المرأة للولادة لشخص واحد[3].

وفي تأويل الفراش فالجمهور يرى أن النص قد خص الفراش بالنسب الشرعي أو ما يلحق به فلا يثبت بغيره، فلا يعد الزنى طريقا لإثبات النسب.

قال ابن عبد البر القرطبي:«وأجمعت الأمة على ذلك نقلا عن نبيها × وجعل كل ولد يولد على فراش الرجل لاحقا به على كل حال، إلا أن ينفيه بلعان على حكم اللعان[4]».

ب القائلون بعدم الإلحاق

يكاد يجمع العلماء على عدم إلحاق ولد الزنا لتضافر ظواهر الأدلة في ذلك من الكتاب والسنة، وورود أدلة أخرى في ظاهرها جواز ذلك ما أدى إلى ظهور النزاع حول المسألة، وعدم التسليم لأدلة الخصوم، وقد استدل القائلون بعدم إلحاق ولد الزنا بما يلي:

روى البخاري عن مالك عن ابن شهاب عن عروةبن الزبير عن عائشة رضي الله عنها قالت كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي

---

(1) مختار صحاح: ص 318.

(2) تاج العروس من جواهر القاموس: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق مصطفى حجازي، ج17، ص305، وزارة الإعلام بالكويت 1397هـ 1977م، الكويت.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ج3 ص 43.

(4) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ابن عبد البر القرطبي، ج 8 ص183. وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي محمد عبد الكريم البكري.المغرب 1387م.

وقاص وقال ابن أخي، قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة(*) فقال: أخي وابن وليدة أبي(**) ولد على فراشه فتساوقا إلى النبي × فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ×: هو لك يا عبد ابن زمعة، ثم قال النبي × : الولد للفراش وللعاهر الحجر،ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ×: احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبه فما رآها حتى لقي الله[1].

وكذا ما رواه أبو داوود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رجل فقال يا رسول الله إن فلانا ابني عاهرت بأمه في الجاهلية فقال رسول الله ×:« لا دِعوة في الإسلام ذهب أمر الجاهلية الولد للفراش وللعاهر الحجر[2]»،وحديث ابن عباس رضي الله قال: قال رسول الله ×: «لا مساعاة (المساعاة الزنا) في الإسلام من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصبته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث[3]».

وجه الدلالة: هذه الأحاديث صريحة في أن من ولد على فراش رجل فإنه يلحق به ولا يلحق بالزاني، فقد كانت سنَّة الجاهلية إلحاق النسب بالزنا وكان الإماء يساعين ويستأجروهن لذلك فمن اعترفت

---

(1) صحيح البخاري: كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات ج2 ص5.

(2) سنن أبي داوود: كتاب الطلاق، باب الولد للفراش ج 2 ص 283.

(3) نفس المرجع: ج 2 ص279 .

(*)هو عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر بن مالك بن حسل بن عامر بن لؤي بن غالب القرشي العامري أمه عاتكة بنت الأحنف بن علقمة من بني معيص بن عامر بن لؤي كان شريفا سيدا من سادات الصحابة أخو سودة زوج النبي × لأبيها وأخوه لأبيه عبد الرحمن بن زمعة الذي تخاصم فيه عبد بن زمعة مع سعد.الإستيعاب ج1ص 494.

(**) عبد الرحمن بن زمعة القرشي العامري، هو ابن وليدة زمعة الذي قضى فيه رسول الله× بأن الولد للفراش وللعاهر الحجر حين تخاصم فيه أخوه عبد بن زمعة مع سعد بن أبي وقاص،أمه أمة كانت لأبيه يمانية، وأبوه زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر بن مالك بن حسل بن عامر بن لؤي وأخته سودة زوج النبي × انظر الإستيعاب في معرفة الأصحاب ج1 ص 501 لابن عبد البر أبي عمرو يوسف بن عبد البر النمري القرطبي المالكي دار الفكر 1426هـ،1427هـ 2006م.لبنان.

الأم أنه ابنه لحق به، فجاءت سنة الإسلام بإبطال ذلك، وإلحاق الأنساب بالعقود الصحيحة، والأفرشة الثابتة لا بطريق الزنا[1].

جاء في فتح الباري نقلا عن الشافعي:« الولد للفراش له معنيان أحدهما: هو له ما ينفيه فإذا

نفاه بما شرع له كاللعان انتفى منه. والثاني إذا تنازع رب الفراش والعاهر فالولد لرب الفراش، وهو قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة عبد بن زمعة [2]».

وهو قضاء عمر بن الخطاب حينما أرسل إلى شيخ من بني زهرة قال الراوي: فذهبت مع الشيخ إلى عمربن الخطاب وهو في الحِجْر فسأله عن أولاد من وِلاد الجاهلية، قال: وكانت المرأة في الجاهلية إذا طلقها زوجها أو مات عنها نكحت بغير عدة، فقال الرجل: أما النطفة فمن فلان وأما الولد فعلى فراش فلان، فقال عمر: صدقت ولكن قضى رسول الله × بالولد للفراش[3].

ج . القائلون بالإلحاق

واحتج أصحاب الشافعي أن ذلك القضاء من النبي × إنما كان ذلك لقطع الذريعة بعد حكمه بالظاهر فكأنه حكم حكمين؛ حكم ظاهر وهو الولد للفراش وحكم باطن وهو الإحتجاب من أجل الشبهة، وقيل على الحيطة وتوقي الشبهات، ويحتمل ان يكون ذلك لتغليظ أمر الحجاب في حق أمهات المؤمنين، فقالوا: يحتمل تأويل هذا الحديث عندي أن يكون × أجاب عن المسألة فأعلمهم بالحكم أن هذا يكون إذا ادعى صاحب فراش وصاحب زنى[4].

وهذا الأخير يليق بالمقام فإن هذه المسألة من أقضيات النبي ×، التي فصل فيها، وأعلمنا بالحكم فيما يشبهها من ادعاء ولد الزنا بأي ذريعة وطريقة كانت، وقد تنزل بالناس نوازل فيكون هذا الأصل مما يقاس عليه، ونخلص إلى أن حكم إلحاق ولد الزنى كان من أمر الجاهلية، فلما جاء الإسلام أبطله وجعل الولد لصاحب الفراش، وهو حكم بالظاهر، وهو كما ذكره الفقهاء بإجماع الأمة على ذلك بلا مخالف، لكن ذكروا الخلاف فيما إذا لم يكن فراش.

---

[1] إكمال المعلم بفوائد مسلم: ج4، ص 652. أبي الفضل عياض بن موسى عياض اليحصبي، تحقيق د. يحي إسماعيل ط1/ 1419هـ 1998م ،دار الوفاء ، المنصورة.

[2] فتح الباري شرح صحيح البخاري: ج12، ص35-36.

[3] التمهيد: ابن عبد البر، ج8، ص194.

[4] نفس المرجع: ج8 ص 186.

ثانيا: إستلحاق الزاني ولده من الزنا إذالم يكن فراش

لما حسم في إلحاق ولد الزنى إذا عارضه فراش تعلق بعضهم بأن المسألة خارجة عن محل النزاع وأن الحديث ورد في ذلك وأنه إذا تنازع على نسب فإن الولد في هذه الحالة لصاحب الفراش، فإذا لم يكن فراش يعارضه فإنه يلحق به، وهو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم وهو مذهب عروة بن الزبير والحسن البصري وابن سيرين والنخعي وإسحاق بن راهوية، ذكرعن (عروة بن الزبير(*) وسليمان بن يسار(**) أنهما قالا أيها رجل أتى إلى غلام يزعم انه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه، وقالا في رجل زنى بامرأة فولدت فادعى ولدها فقال يجلد ويلزمه الولد[1].

وأجاب الجمهور عن هذا الإشكال بأن الحديث عام يطبق في كل الأحوال ومعناه أنه ليس للزاني حق في الولد في أي صورة من الصور، كان هناك فراش أولا، استلحق الزاني الولد أم لا، تنازع الزاني وصاحب الفراش أولم يتنازعا.

---

(1) زاد المعاد في هدي خير العباد: ج4، ص212.

(*) عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ،وأبوه الزبير بن العوام أحد الصحابة العشرة المشهود لهم بالجنة وهو ابن صفية عمة النبي، صلى الله عليه وسلم. وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق، ذات النطاقين، وردت عنه الرواية في حروف القرآن، وسمع خالته عائشة أم المؤمنين، رضي الله عنها روي عنه ابن شهاب الزهري وغيره. وكان عالماً صالحاً، ولد سنة اثنتين وعشرين، وقيل ست وعشرين للهجرة. وتوفي سنة 93هـ، وقيل 94هـ انظر وفيان الأعيان ج2 ص121،وانظرصفة الصفوة: جمال الدين أبي الفرج بن الجوزي ج2 ص44، اعتنى به أيمن صالح شعبان المكتبة التوفيقية،مصر،د.ت.ط.

(**)سليمان بن يسار مولى ميمونة زوجة رسول الله ×، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، وكان عالماً ثقة عابداً ورعاً حجة؛ قال الحسن بن محمد: سليمان بن يسار عندنا أفهم من سعيد بن المسيب، ولم يقل أعلم ولا أفقه. وروى عن ابن عباس وأبي هريرة وأم سلمة، رضي الله عنهم، وروى عنه الزهري وجماعة من الأكابر. وكان المستفتي إذا أتى سعيد بن المسيب يقول له: اذهب إلى سليمان بن يسار، فإنه أعلم من بقي اليوم. توفي سنة سبع ومائة، وقيل سنة مائة، وقيل سنة أربع وتسعين للهجرة، والله أعلم، وهو ابن ثلاث وسبعين سنة، رحمه الله تعالى.انظر وفيات الأعيان ج1 ص380: وانظر صفة الصفوة: ج2، ص42.

فمن فرق بين وجود الفراش وعدمه، وأنه عند عدم الفراش يلحق الولد، فإن ذلك تقييد للنص بلا مقيد؛ أي بلا دليل والتقييد بلا مقيد باطل كما هو معلوم[1].

ومن تمسك بتأويل لفظ الحجر أن الحديث دل على العقوبة في رجم الزانية والزاني لكن هذا مردود لان العلماء فسروا لفظ الحجر بغير ذلك، فقالوا: معنى له الحجر: الخيبة أي لاشيء له في الولد والعرب تقول: له الحجر، وبفية التراب يريدون ليس له إلا الخيبة، وقيل المراد الحجر أنه يرجم[2]. والدليل الأول؛ لأنه ليس كل زان يرجم فغير المحصن يجلد ولا يلزم من رجمه نفي الولد، ولا إلحاقه وأما غير المحصن فلم يذكر فيه شيء، وهذه استدلالات ضعيفة لا تقوى ولا تقوم، فإن العلماء فسروا ذلك على عمومه.

قال ابن عبد البر:« الولد للفراش على كل حال، وقال وأما اليوم في الإسلام فقد أحكم الله شريعته[3]» بل أن في الحديث إثبات ونفي؛ إثبات النسب لصاحب الفراش، الثاني أن من لا فراش له لا نسب له، لأن قوله الولد للجنس وكذلك الفراش للجنس لدخول الألف واللام فلم يبق ولد إلا وهو مراد بهذا الخبر فكأنه قال: لاولد إلا للفراش[4]، وورد أيضا أن ابن الزنى ممنوع من الإرث فهو ممنوع ومقطوع النسب قال ×:«من ادعى ولدا من غير رشدة (زنا)لا يرث ولا يورث[5]». لأن الوراثة بالنَّسب ولا نسب بينه وبين الزاني.

وهذا الحديث نص في موضوع النزاع فما نتج عن الزنا فهو مقطوع النسب لا يلحق.

والذين أيدوا تنسيب الولد لأبيه إذا لم يكن فراش يستدلون بحديث جريح الراهب وفيه "أن جريجا لما رُمي بالزنا قال للغلام الذي زنت أمه مع الراعي من أبوك يا غلام؟ قال: أبي الراعي[6].

شراح الحديث لم يذكروا فيه دليل النسب؛ وإنما هي قصة للعبرة والوعظ وبيان إنقاذ عباد الله

---

(1) مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب: إبراهيم علواني ص: 92 كلية الحقوق جامعة القاهرة.

(2) إكمال المعلم بفوائد مسلم: ج 4 ص 652.

(3) الإستذكار: ج7 ص 164.

(4) أحكام القران: أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ج5 ص 160.

(5) سنن أبي داوود: كتاب الطلاق باب ادعاء ولد الزنا ج2، ص279.

(6) صحيح البخاري: كتاب الأنبياء، باب واذكر في الكتاب مريم، ج2،ص368.

الصالحين عند جور العامة،وأما تحريم الزنا وأنه ينقل وينشر الحرمة فهو احتجاج ساقط[1].

وجاء في شرح مسلم:(جوابه من وجهين أحدهما لعله كان في شرعهم يلحقه والثاني المراد من ماء من أنت وسماه أبا مجازا [2]).

وذهب الحنفية إلى القول بجواز الإلحاق بشروط خاصة وتبعهم في ذلك جمهور الحنابلة وجمهور المالكية والشافعية في ذلك توسيعا لدائرة الإستلحاق لكن بشروط

. أن يكون الولد مجهول النسب، ولو أقر به ثم نفاه ثم أقر به يصح إقراره[3].

. أن لا يكذبه الواقع.

. أن يصدقه الولد في ذلك.

وتوسع الحنابلة في ذلك فقالوا إذا أقر كل الورثة فإنهم يلحقون نسبا لأن الوارث يقوم مقام المورِّث في ميراثه، والدَّين الذي له وعليه، وبيِّناته ودعاويه، والأيمان التي له وعليه، وكذلك في النسب لأنه حق يثبت بالإقرار، فلم يعتبر فيه عدد المقرِّين كالدَّين، ولأنه قول لا يعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كإقرار المورِّث[4].

أما المالكية فذهبوا إلى قبول إقرار المكلف، ولو كان سفيها، ولو لم تصدقه أمه لتشوف الشارع للحوق النسب بشرط أن يكون الولد مجهول النسب وغير معلوم، وأن لا يكذبه العقل لصغر سنٍّ، أو ببلد بعيد لم يدخله[5].

وقول آخر للمالكية يقضي أن يعرف متى كانت له هذه الزوجة؟ ومتى فارقها؟ فإن مضى

---

[1] أنظر فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير: محمد بن علي الشوكاني ص285. اعتنى به يوسف الغوش، ط4/ ،1428هـ،2007م، دار المعرفة بيروت لبنان.

[2] شرح النووي على صحيح مسلم: كتاب البر باب تقديم بر الولدين على التطوع بالصلاة ج8، ص285.

[3] مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، ج3ص392، خرح آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور،دار الكتب العلمية، لبنان،1419هـ 1998م.

[4] مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحيباني،ج4، ص659 المكتب الإسلامي، 1961م، دمشق.

[5] الشرح الكبير للدردير: ج3ص412.

أكثر مدة الحمل أو كان الولد معلوم النسب لم يلحق[1].

وعند الشافعية أنه يستحب للقاضي أن يسأل المستلحِق من أين له ذلك؟ من أمَة، أو حرّة من شُبهة، أو نكاح، وهو كاللقيط في حكم لقطته ثم تجري عليه أحكام النسب من الجانبين فيرث أحدهما الآخر[2].

الفرع الثالث: نظرة الإسلام والقانون لولد الزنا.

أ: **نظرة الإسلام لولد الزنا:**

كلما تبادر إلى الأسماع إسم الزنا، وولد الزنا اشمأزت النفوس، وعظم عليها ذلك ويودُّ أحدهم لو هُذِّب هذا اللفظ لعله يخفف من هول هذه الكلمة وبشاعتها على الأسماع.

وقد عرضت على أحد أئمتنا المعروف لهم بالعلم والفضل عنوان هذه الرسالة فاستحيا وغطى رأسه، لكن الحقيقة فوق ذلك فقد سماه الله تعالى باسمه وزاد له أوصافا يهتز لها الكيان، ويرجف منها القلب وهي حقا كذلك، قال تعالى:﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾[سورة الإسراء الآية 32]، وهو محرم في الأديان السماوية الثلاث[3]، حذر الشرع الكريم قُربه، وسدَّ الأبواب الموصلة إليه، وجميع مقدماته ودواعيه؛ لأن من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه، وأخبر الله عن فحشه وقبحه الذي يتناهى قبحه حتى استقر في العقول فكانت عاقبته وسبيله بئس السبيل.

قرنه الرسول الأعظم × بالشرك والقتل فقد روى ابن مسعود رضي الله عنه قال سألت النبي × أي الذنب أعظم عند الله؟ قال:«أن تجعل لله ندًّا وهو خلقك،قلت إن ذلك لعظيم قلت ثم أي؟ قال: وأن تقتل ولدك تخاف أن يطعم معك، قلت ثم أي؟ قال: أن تزاني خليلة جارك[4]».

وقرنه الباري تبارك وتعالى بالقتل عند وصف عباد الرحمن كأن مفسدته كمفسدة القتل في الكبر أو كأن الزنا يؤدي إلى القتل والهرج، وكلاهما صحيح فصيانة الأعراض وحفظ الأنساب وحماية الفروج

---

(1) الذخيرة: ج 9،ص314.

(2) حاشية عميرة : شهاب الدين أحمد الألوسي الملقب (عميرة) ج3/ص 130 تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر 1419، 1998، بيروت لبنان ج4، ص 85.

(3) التدابير الواقية من الزنا في الفقه الإسلامي: فضل إلهي،ص19،مؤسسة الريان، ط/6 1422هـ2001م.

(4) صحيح البخاري: كتاب تفسير القرآن، باب قوله تعالى فلا تجعلوا لله أندادا،ج: 3، ص 140.

من مقاصد الإسلام التي إن لم تراعي أدى ذلك إلى خراب العالم، وفساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين[1].

جاء في الظلال:((إن في الزنا قتلاً من نواحي شتى؛ إنه قتل ابتداء لأنه إراقة لمادة الحياة في غير موضعها، يتبعه غالباً الرغبة في التخلص من آثاره بقتل الجنين قبل أن يتخلق أو بعد أن يتخلق، قبل مولده أو بعد مولده فإذا ترك الجنين للحياة ترك في الغالب لحياة شريرة، أو حياة مهينة، فهي حياة مضيعة في المجتمع على نحو من الأنحاء . وهو قتل في صورة أخرى قتل للجماعة التي يفشو فيها، فتضيع الأنساب وتختلط الدماء، وتذهب الثقة في العرض والولد، وتتحلل الجماعة وتتفكك روابطها فتنتهي إلى ما يشبه الموت بين الجماعات.

وهو قتل للجماعة من جانب آخر، إذ أن سهولة قضاء الشهوة عن طريقه يجعل الحياة الزوجية نافلة لا ضرورة لها، ويجعل الأسرة تبعة لا داعي إليها، والأسرة هي المحضن الصالح للفراخ الناشئة، لا تصح فطرتها ولا تسلم تربيتها إلا فيه. وما من أمة فشت فيها الفاحشة إلا صارت إلى انحلال، منذ التاريخ القديم إلى العصر الحديث[2])).

ونظر الإسلام إلى هذه الفاحشة نظرة فيها من الصرامة والزجر، حتى ترجع النفس إلى الإنكفاف والرشد، ففي بداية التشريع حكم بالحبس والإمساك حتى الموت وهذا كإجراء وقائي حتى لا ينتشر المرض ونص على الضرب، ثم جاء الناسخ من القرآن بالجلد، والسنَّة النبوية في بيان الجلد والرجم معا، فعن عبادة من الصامت رضي الله عنه قال قال رسول الله ×:«خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا،البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم[3]».

وقد شدد الله على الزناة وخصهم بالعقوبة الشديدة، بل هي على المحصن من أسوأ القتلات وأهونها، تى سمي الله ذلك عذابا لشدته، ونهى رب العزة عباده أن لا يتهاونوا في إقامة الحد فتأخذهم العاطفة وتستولي عليهم الرأفة قال تعالى:﴿وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [سورة النور الآية رقم: 2] وفي مباشرة الحد أن يشهده المسلمون وذلك أبلغ وأزجر في أنفس الحاضرين .

---

(1) الموافقات في أصول الشريعة: ج2، ص7.

(2) في ظلال القرآن: سيد قطب ج:4، ص2223،الطبعة الشرعية(ط/15)،دارالشروق1408هـ،1988م.

(3) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الحدود باب حد الزنى ج 6،ص167.

قال تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُومِنِينَ﴾[سورة النور الآية2]. وهذه الشدة من أجل أن يبقى المجتمع آمنا مطمئنا هادئا بجميع أفراده، نقيا من لوثات المجرمين، طاهرا من الآفات الإجتماعية؛ والتفكك الأسري والتشرد واليتم وأولاد الزنا واللقطاء.

فالواجب على المسلم الحفاظ على الفضيلة، ونبذ الرذيلة ومعالجة جميع آثارها على بصيرة من دين الله، والتستر من هذه الرذيلة، وإلا فإن البوح بالشر والتصريح به، بابا للإغراء والإغواء والشر والفساد.

ب : نظرة القانون للزنا وولد الزنا

تساهل التقنين الجزائري فيما يخص تجريم الزنى، وخاصة إذا كان برضا الطرفين ولم يرفع في ذلك شكوى من طرف الولي، أوالزوج، أو تزوج الزاني بمزنيته بعد رفع الدعوى فإن العقوبة تلغى في حقه.

نصت المادة 239 من قانون العقوبات المعدل والمتمم لقانون رقم 28- 04 المؤرخ في 198/02/13. في البند الرابع((ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة)).

وهذا ما يكون له تأثير على فشو الزنا، وما ينتج عنه من كثرة أبناء الزنا وعدم الإكتراث بالعقوبة التي تزول بزوال شكوى المتضرر، وبالأحرى عدم ردع الزاني بالعقوبة المترتبة على الفعل.

وفي حال حدوث الحمل من الزنا فقد أصدرت مراسيم قانونية تسير بالأم الحامل إلى سرية قبولها، وعدم الضغط عليها في إحضار وثائق الهوية إلا في حال البنت القاصر فإنه يتحفظ عليها وتطالب ببطاقة الهوية احتياطا، نص على ذلك قانون الصحة في المادة60.

ويبقى هاجس الحمل من الزنا مفزغ تفزع منه كل أنثى، تخشى الفضيحة من قبل أسرتها وأقاربها وجيرانها وتعير بولدها في المجتمع، و يخشى الرجل ذلك ولا يأمن أن يفتضح بواسطة الحمل فيضطر إلى الزواج من التي زنى بها مكرها وقد يكون مرتبطا بأسرة (زوجة وأولاد) وهذا أشنع، ولا تزال لمجتمعات(المسلمة والكافرة) تتحفظ على هذه الفضائح وتتقذر منها، وتدق ناقوس الخطر للحد من

هـذه الرذائـل ومكافحتهـا والتقليـل مـن النِّسـب العاليـة والأرقـام المهولـة الـتي باتـت تنـذر بخـراب العـالم[1] لمـا يصـيب هـذه الفئـة مـن الظلـم والجريمـة، فقتـل الأجنـة وإسـقاطها أو إلقاؤهـا في المزابـل والحمامات والقمامات أو تأكلها السباع.

إن ولد الزنا ينشأ حاقدا على أمه التي ألقت به إلى الشارع بلا أب يعيش حياة القلق والإضطراب لقي بعبئه على المجتمع، أما من حيث ديانته فلا نقول عنه أنه شر الثلاثة، لقوله تعالى:﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[سورة الانعام الآية 164]وهو استدلال عائشة رضي الله عنها حيث قالت: ((رحم الله أبا هريرة، أساء سمعا فأساء إصابة، لم يكن الحديث على هذا، إنما كان رجل من المنافقين يؤذي رسول الله × فقال:" من يعذرني من فلان " قيل: يارسول الله، مع ما به ولد زنى، فقال رسول الله ×:« هو شر الثلاثة[2]»،والأحاديث المذكورة في شأن ولد الزنا ليست على ظاهرها، فقدتأولها الصحابة والتابعون، والفقهاء والمحدثون[3] فقد يكون صالحا إذا وجد من يربيه التربية الحسنة، ووجد المجتمع الصالح فقد وجد في تاريخ الإسلام من صلح حاله، وتبوأ مكانة عالية في القضاء والإمارة وقيادة الجند أمثال زياد بن أبيه[4].

وينحرف ولد الزنا إذا تربى على حياة اليتم والتشرد، ولم يجد من يؤويه ويرعاه، ففي الغالب يكون عرضة للانحراف والإجرام، ووبالا على نفسه، وعبئا على المجتمع، وهو من علامات الخراب وزوال السلطان.

---

(1) في دراسة حديثة الولايات المتحدة الأمريكية تدق ناقوس الخطر لازدياد أبناء الزنا. islamweb.net

(2) مسند الإمام أحمدبن حنبل: مسند المكثرين، مسند أبي هريرة ص604.

(3) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل: محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني،ج8 ص120 ط1/ 1306هـ، المطبعة الأميرية بولاق،مصر.

(4) زياد بن أبيه. ويقال زياد بن أمه. وزياد بن سمية؛ وكان يقال له قبل الإستلحاق زياد بن عبيد الثقفي، وأمه سمية جارية الحارث ابن كلدة. ليست له صحبة ولا رواية، عاقلا في دنياه داهيةخطيبا له قدر وجلال عند أهل الدنيا، استلحقه معاوية بعد موت علي بن أبي طالب رضي الله عنه كأخ ينسبه إلى أبي سفيان وولاه العراقين جمعهما له، ولم يزل كذلك إلى أن توفي بالكوفة وهو أمير المصرينِ في شهر رمضان 53هجرية . انظر الإستيعاب في معرفةالأصحاب: ج1 ص 312.



الفصــل الثــاني

طــرق إثــبات نســب ولــد الزنــا

التشريع الإسلامي قائم على أصول ثابتة، ومبادىء سامية، تجعله يساير الأزمنة والأمكنة ونحن نقف على قواعد النسب وما يحيط به نجدها محاطة بجملة من الشروط والمبادىء والضوابط المتينة ما تجعل أحكام النسب في غاية المتانة، بعيدة عن التناقض أو الغموض والإشكال.

فإثبات النسب قائم على أصول الأقضيات والدعاوى من البينة، والشهادة، والإقرار، وكلها أدلة معقولة المعنى، ثم إذا تعذر الكشف عن النسب صار الأمر في التعرف عليه بواسطة خبير يعرض عليه الأمر فينظر إلى أطراف المولود فينسبه إلى أبيه الحقيقي، وفق ضوابط معلومة تسمى بالقيافة، التي أصبحت في زماننا يتعرف عليه بواسطة وسائل متطورة تتمثل في التحليل الجيني وتصنف تصنيفا دقيقا يعرف بتحليل الحمض النووي، أو البصمة الوراثية.

ووفق التكييف الفقهي وجد الفقهاء المعاصرون أن التحاليل الطبية لا تخرج عن النطاق الفقهي للقيافة والحكم بها، فأدرجت في القضاء، واعتمدت من طرف المحاكم الشرعية في البلاد الإسلامية كدليل يستعان به، وبقواعد قانونية، دون أن يتعدى القواعد الشرعية الثابتة بالكتاب أوالسنة.

المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق التقليدية

المطلب الأول: إثبات النسب بالبينة واليمين

الفرع الأول:مفهوم البينة في اللغة والاصطلاح

أ ولا: معنى البينة في اللغة: البينة من التبيين بمعنى الوضوح والإيضاح وهي الدليل والحجة، وهي الحجة القوية الواضحة[1].

ب . معنى البينة في الاصطلاح

عرفها المالكية:«اسم لكل ما يبين الحق ويظهره وقد سمى النبي × الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم كوقوع البيان بقول الرسول ×[2]»؛فهي علامة لكل ما دلّ ومنها الشهود لقول النبي ×:«البينة أوحد في ظهرك[3]».

---

[1] التعريفات: ص 111.

[2] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: برهان الدين أبو الوفاء ابن فرحون اليعمري المالكي ج1،ص172 خرج أحاديثه جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية،ط1، 1416هـ 1996م.

[3] صحيح البخاري: كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف،ج2ص161.

وجاء أيضا:"البينة اسم لما يبين الحق ويظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس وتارة شاهدين، وشاهدا واحدا وامرأة واحدة، ونكولا ويمينا، أو خمسين يمينا، أو أربعة أيمان، وتكون شاهد الحال في صور عديدة[1]، فإذا أطلقت البينة صارت إلى الشهادة والشهود.

فالشهادة والشهود نوع بينة، وهذه الأخيرة تقتضي التفصيل في أدائها كبينة الرؤية والمعاينة والسماع، وكعبارة الفقهاء حول تنازع الزوجية في قولهم:"ويثبت بينة السماع بالدف والدخان[2]".

ثانيا:شرح التعريف:

من خلال عرضنا لتعريف البينة نلاحظ أن التعريفات تدور حول معنيان.

المعنى الأول: أن البينة هي الحجة والبرهان والدليل، وقد جاء ذلك في كتاب الله في كثير من الآيات على هذا المعنى قال تعالى على لسان نبي الله صالح:﴿قَدْ جَآءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [سورة الأعراف: الآية:73] فالبينة الحجة على صدق الدعوى وهي ترادف الآية، وهي الناقة التي جعلها الله آية لصدق صالح عليه السلام[3]،و ذكرت في قوله تعالى:﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾[سورةالبينة: الآية:1]

فالبينة مفسرة بما بعدها: وهي الحجة الواضحة وهي بعثة رسول الله × بالشريعة الغراء[4].

المعنى الثاني:

البينة هي الشهادة والشهود واشتقاق الشهادة من المشاهدة؛ لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كما يشاهد المشهود عليه، وتسمى بينة(لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق الذي اختُلف فيه)[5].

---

(1) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ابن قيم الجوزية، ص 48. اعتنى به أحمد الزغبي ،شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم،ط1/ 1419هـ 1999م.

(2) بلغة السالك لأقرب المسالك: أحمد الصاوي ج2 ،ص 316 تحقيق محمد عبد السلام شاهين دار الكتب العلمية 1415هـ1995م بيروت لبنان.

(3) تفسير التحرير والتنوير: الطاهربن عاشور، ج8 ص 218 دار سحنون للنشر والتوزيع1997م، تونس.

(4) تفسيرفتح القدير: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ص1643.

(5) المغني :ابن قدامة ج12ص 4.

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[1]،والمعنى المأخوذ من المعنيين أن البينة هي الحجة والبرهان وكل ما بين الحق وأظهر الحقيقه، فكلما تجد بيّنة صار الأمر إلى الشهادة فبينهما عموم وخصوص مطلق؛ فكل بينة شهادة وليس كل شهادة بينة، احترازا ممن لم تقبل شهادتهم، والأوْلى أن تكون البينة أعم من الشهادة لاعتبار اللغة والعمل، وعدم حصرها في طريق دون أخرى، لورود ذلك في السنة الصحيحة، وتواطأت عبارات المفسرين على هذا المعنى.

أما من حيث اللغة فإن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وأما من حيث العمل فإن الفقهاء يطلقون البينة ويريدون بها الحجة مطلقا في كثير من عباراتهم[3].

ونرى إطلاق البينة على المعنى العام وعدم حصرها في طريق دون أخرى، ذلك أن كتب الفقه تذكر باب الأقضية فتذكر البينات وفي مقدمتها القضاء بشهادة الشهود، والأيمان،والنكول وغيرها على أن كلا من هذه الأمور مختلفة عن بعضها وهي مما يُقضى بها، وليست البينة شهادة الشهود فقط.

الفرع الثاني: نصاب الشهادة في إثبات النسب والولادة

أولا: نصاب الشهادة في إثبات النسب

القول الأول:

يشترط في نصاب الشهادة على النَّسب أن يشهد رجلين عدلين، قال به جمهور الفقهاء من المالكية[4]والشافعية[5]والحنابلة[6]،لقوله تعالى:﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾[سورة البقرة: الآية 282] وقوله تعالى:﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[سورة الطلاق: الآية2]

---

(1) كشاف اصطلاحات الفنون: التهانوى ج1ص357، تقديم وإشراف،رفيق العجم، تحقيق علي دحروج مكتبة ناشرون لبنان ط1/1996م.

(3) وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية: محمد الزحيلى ،ج1ص26، الطبعة الشرعية مكتبة دار البيان ط/3، 1428هـ،2007م.

(4) بلغة السالك لأقرب المسالك: ج4ص258، وانظرالشرح الكبير للدردير ج3،ص418.

(5) الأم: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، ج6ص249، دار المعرفة، بيروت. 1393هـ.

(6) كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر بيروت. 1402هـ.

ولم يعتبروا شهادة النساء فيما ليس بالمال ولا شبيه بالمال.

وعند أبي حنيفة أنها تقبل شهادة النساء فيما عدا الحدود وفي أحكام الأبدان؛ مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق وفيما لا يطلع عليه الرجال أنه تقبل شهادة المرأة الواحدة والثنتان أحوط[1].

وعند الإمام مالك: لا تجوز في شيء من الشهادات أقل من شهادة امرأتين، ولا تجوز شهادة امرأة واحدة في شيء من الأشياء[2].

وعند الجمهور وفيما لا يطلع عليه الرجال جازت شهادة النساء، واختلفوا في العدد لحديث المرأة التي شهدت بالرضاع في قول النبي ×:«كيف و قد أرضعتكما[3]».

قال القرطبي:" أما شهادة النساء في الحدود فغير جائزة في قول عامة الفقهاء، وكذلك في النكاح والطلاق في قول أكثر العلماء، وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما، وإنما يشهدن في الأموال،وكل ما لا يشهدن فيه فلا يشهدن على شهادة غيرهن فيه، كان معهن رجل أولم يكن، ولا ينقلن شهادة إلا مع رجل ينقلن عن رجل وامرأة، ويقضى باثنتين منهن في كل مالا يحضره غيرهن كالولادة والاستهلال ونحو ذلك. وهذا كله مذهب مالك"[4].

القول الثاني:

يثبت النسب بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين وهو مذهب الحنفيه واستدلوا بما استدل به الفريق الأول ولم يفرقوا بين الحقوق المالية وغير المالية كالنكاح والرجعة، ودليلهم في ذلك الآية الكريمة﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[سورة البقرة:الآية:282]، ولكنهم فرقوا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة جازت شهادة المرأة الواحدة، أما الرضاع والنسب فلا يكون أقل من امرأتين لأن الشهادة إنما تثبت الولادة وتعين الولد[5].

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني ج6،ص278.

(2) المدونة الكبرى: ج4 ،ص 22.

(3) صحيح البخاري بشرح فتح الباري: كتاب الشهادات باب شهادة المرضعة ج5ص269.

(4) تفسير القرطبي: ج3 ،ص 395.

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ج 3 ،ص 217.

وبدليل قضاء عمر بن الخطاب أنه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح، ولم ينقل عنه أنه أنكر عليه أحد من الصحابة فكان هذا إجماعا بجواز ذلك[1].

القول الثالث:

يثبت النسب بشهادة رجلين مسلمين أو رجل وامرأتين كذلك، أو أربع نسوة عدلات أو رجل عدل وامرأتان عدلتان مع يمين المدعي وهو قول ابن حزم واستدل بما روي عن النبي × أنه قال: فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل[2]، وحديث عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله × قال:« أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ قلنا بلى يا رسول الله[3]».

قال ابن حزم:(قطع عليه الصلاة والسلام بأن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فوجب ضرورة أنه لا يقبل حيث يقبل رجل لو شهد إلا امرأتان وهكذا ما زاد)[4].

القول المختار:

وبعد عرض الأقوال فإنه يظهر لي أن إثبات النسب بالبينة يكون بشهادة رجلين ذكرين عدلين فإن تعذر ذلك فلا أقل من امرأتين فيما لا يحظره الرجال، وهو قول الجمهور،وذلك لقوة الأدلة التي ارتكز عليها، لقوله تعالى:﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[سورة الطلاق الآية:2].

والكلام هنا عن الرجعة والطلاق يلحق به النسب لأنه من حقوق الأبدان أما الأموال فجاز فيها شهادة النساء لمورد الدليل.وكذا قوله ×:«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل[5]».

ثانيا: نصاب الشهادة في إثبات الولادة:

---

[1] النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته: سفيان عمر بورقعة ص268 دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية، ط1/1428هـ2007م.

[2] صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الإيمان باب نقص الإيمان ،ج1 ص 272 مكتبة الإيمان، المنصورة.

[3] صحيح البخاري: كتاب الحيض، باب ترك الحائض للصوم، ج1،ص85.

[4] المحلى لابن حزم: ج 9 ، ص 402، 403 .

[5] مصنف ابن أبي شيبة: عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي،كتاب النكاح باب من قال لا نكاح إلا بولي،ج3ص455 تحقيق كمال يوسف الحوت،ط1/،مكتبة الرشد، الرياض1409هـ.ورواه الشافعي موقوفا عن ابن عباس بلفظ لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد، انظر مسند الإمام الشافعي: أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي،كتاب عشرة النساء ص291دار الطاسيلي1989م، الجزائر.

اتفق الفقهاء على أن الولد ينسب لأمه سواء كان من سفاح أو نكاح؛ لأنه ابنها انفصل منها.

قال تعالى:﴿إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ﴾[المجادلة الآية:2]،أخبربالحقيقةأن الأم هي الوالدة[1].

فكل امرأة وضعت مولودها فهو ينسب إليها، فإذا لم يعرف عين الولد أو وقع شك في كون الولد ذكرا أو أنثى كان المصير في إثبات ذلك إلى شهادة النساء الذين شهدن الولادة.

واتفقت آراء الفقهاء حول جواز شهادة النساء منفردات دون الرجال فيما يطلع عليه النساء مثل الولادة والإستهلال وعيوب النساء، ثم اختلفوا في نصاب الشهادة فقال مالك يكفى في ذلك شهادة امرأتان قيل مع انتشار الأمر وقيل إن لم ينتشر[2]، وعن الشافعي أنه لا أقل من أربع نسوة فيما يغيب عنه الرجال[3].

قال صاحب المغني:«ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال، مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل، ورواية أخرى لأحمد لا تقبل فيه إلا امرأتان[4]».

الفرع الثالث: اليمين

اليمين وهو التحليف أو الإستحلاف وهو طلب اليمين في دعوى النسب.

إذا لم توجد لدى المدعي بينة لإثبات الأبوة أو البنوة فهل يحيل ذلك إلى القسم(الحلف) بناء على قاعدة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لا يستحلف في النسب ولا يعتبر ثبوت النسب بالحلف، وبه قال أبوحنيفة[5] والمالكية[6].

ورواية عن الحنابلة[1]، وحجتهم في ذلك أن فيه حق لله تعالى، ولا يجوز القضاء فيه بالنكول[2].

---

(1) الجواهر الحسان: الثعالبي، ج5ص398.

(2) بداية المجتهد: ج2ص465.

(3) الأم: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله ج7ص131.

(4) المغني: ابن قدامة المقدسي، ج 12 ص15 ،16.

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ج6 ص226.

(6) شرح مختصر خليل: الخرشي، ج6،ص106.

لأنه بذل والنسب لا يدخله البذل، وكذا شرط العدالة فلا يثبت بالظن لأن الحلف ظن.

القول الثاني:

يكون الحلف في النسب، فإذا لم يقم البينة على دعواه فإنه يرجع على المدعى عليه ليحلفه، وهو مذهب الشافعية[3] وأبو يوسف ومحمد من الحنفية[4] ووجه للحنابلة[5].

دليلهم في ذلك حديث النبي×:« لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[6].وأن اليمين تتوجه على كل من ادعى عليه حق وهو أمر عام وقاعدة من قواعد الشرع العامة، وهي تندرج في جميع الأقضيات والدعاوى ولا مخصص لهذا الحديث.

القول المختار:

والذي نختاره من هذين القولين قول من قال إن الحلف لايدخل في النسب؛ لأنه بذل فلا يستطيع أحد أن يبذله، أو يبيحه لأحد، ففيه حق الله تعالى، وكيف يعطي من لا يملك أو يبيح من لا يد له عليه، يمنع حقا ليس له فيه مِلك بحت، وفيه تجرؤ الناس على إبطال الأنساب، أو إثباتها بأي طريقة، ولنا مستجدات علمية يمكن الإستناد إليها في حالة عدم وجود الأدلة الشرعية من التحاليل الطبية المتنوعة. وعليه فإن وُجِّه اليمين على المدعى عليه وامتنع عن اليمين سقطت الدعوى، ولا تأثير للحلف من عدمه لأنه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول[7].

المطلب الثاني : الإلحاق (الإقرار)

---

[1] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علي بن سليمان المرداوي،ج12 ص110،111، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

[2] نكل عنه نكولاً نكص وجبن ويَنْكُل نُكولاً ونكِلَ نَكَصَ يقال نَكَل عن العدوّ وعن اليمين يَنْكُل بالضم أَي جَبُنَ ونكله عن الشيء:صرفه عنه. انظر لسان العرب: ج4ص828.

[3] الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي:ج6 ص245.

[4] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:ج6 ص226.

[5] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: ج11،ص256.

[6] صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأقضية باب البينة على المدعي ج6 ص202.

[7] داية المجتهد: ج2 ص469.

الفرع الأول: تعريف الإلحاق وحكمه

أولا: تعريف الإلحاق لغة واصطلاحا

أ . **في اللغة**: لحقه الثمن لحوقا، لزمه فاللُّحوق: اللزوم واللَّحاق: الإدراك[1]، لحِق لحِقته ولحِقت به أدركته[2]. قال تعالى:﴿وَءَاخَرِينَ مِنْهُمْ لَمَّا يَلْحَقُواْ بِهِمْ﴾[سورة الجمعة: الآية: 3].

اللَّحق واللُّحوق والإلحاق الإدراك، لحق الشيء وألحقه وكذلك لحق به، وألحقه لحَاقا، أي أدركه.

وتلاحقت الركاب والمطايا أي لحق بعضها بعضا.الملحق:الدَّعي الملصَق، واستلحقه:أي ادعاه[3].

وفي حديث عمرو بن شعيب عن النبي × «قضى أن كل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي يدعي له فقد لحق بمن استلحقه[4]». والإستلحاق طلب لحوق الشيء.

ب . تعريف الإستلحاق عند الفقهاء

عرفه المالكية بقولهم:«هو ادعاء المدَّعي أنه أب لغيره[5]». فيخرج هذا أبي أو أبو فلان.

وعلى هذا التعريف سار جلُّ فقهاء المالكية، والتعبير بلفظ الإستلحاق هو استعمال المالكية والشافعية والحنابلة وأما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة[6].

جاء في كتاب منح الجليل: باب أحكام الإستلحاق وهو الإقرار بالنسب، وعن ابن القاسم عن مالك قال: الإستلحاق تسعة أعشار العلم[7].

وهناك فرق دقيق بين الاستلحاق والإقرار؛ وهو أن الاستلحاق لا يكون إلا من جهة الأب والإقرار من جهة الورثة، ويستعمل الإستلحاق والإقرار معا بمعنى واحد من جهة الأب.

---

(1) المصباح المنير: ص428.

(2) معجم مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني،ص341.

(3) لسان العرب: ابن منظور ج 4 ص226.

(4) سنن أبي داود: كتاب الطلاق باب في ادعاء ولد الزنا، ج2،ص 280.

(5) شرح حدود بن عرفة: ص 446.

(6) الموسوعة الفقهية الكويتية : ج4، ص 84.

(7) منح الجليل: ج 6، ص472.

ثانيا: حكم الإستلحاق

إنكار النسب الصحيح أو إلحاق النسب الباطل بالشخص كبيرة من الكبائر نهى عنها الشارع الحكيم، وشدد على مرتكبيها، فقد جاء في الصحاح والسنن عن سعد وأبي بكر أن رسول الله × قال:«من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام[1]».

وعن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي × قال:«كُفْرٌ بِامْرِئٍ ادِّعَاءُ نَسَبٍ لاَ يَعْرِفُهُ أَوْ جَحْدُهُ وَإِنْ دَقَّ[2]».

وقد منحت الشريعة الإسلامية النَّسب مكانة سامية لحفظه، والحرص على اتصاله وتسلسله ليكون المجتمع مترابط الأفراد، تجمعهم المودة والمحبة والتعاون والتناصر، وما يتبع ذلك من الحقوق فيما بينهم، كحقوق الأسرة(حق الأبوة والأمومة والأخوة، وحق الجماعة، وغيرها...).

الفرع الثاني: أنواع الإستلحاق

الأصل في الكلام عن الإستلحاق حديث عبد بن زمعة لرواية عائشة رضي الله عنها أنها قالت:«كان عتبة ابن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص، وقال ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ×: هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال النبي ×:«الولد الفراش وللعاهر الحجر»[3]، على أن هذا الحديث لا يدل اعتبار استلحاق الأخ لأخيه وإنما جاء العلم بذلك من طريق آخر عُرِف عند النبي × أنها كانت جاريته وكان صهره أو باستفاضة ذلك[4].

وكان عمر بن الخطاب على جلالة قدره يليط(*) أبناء الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.

---

(1) صحيح البخاري: كتاب المغازي، باب غزوة الطائف ج 3، ص 98.

(2) سنن ابن ماجة: للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وبهامشه حاشية السندي ومصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة للبوصيري كتاب الفرائض، باب من أنكر ولده ص636، تخريج وعناية صدقي جميل العطار، دار الفكر، لبنان1428، 1429هـ،2008م.

(3) صحيح البخاري: كتاب البيوع ،باب تفسير المشبهات، ج 2ص5.

(4) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: ج 4ص26.

(*) يليط بلصق الطين به ويسد شققه لئلا ينشف الماء، واللط الإلزاق، انظر مشارق الأنوار على صحاح الآثار للقاضي أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، ج1/ص701، المكتبة العتيقة ودار التراث، د،ت،ط.

وكان يفعل ذلك بناء على ما كان نكاح أهل الجاهلية، فيليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم ويلحقهم بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش، لأن أكثر أهل الجاهلية كانوا كذلك[1].

وقد قسم الفقهاء الإقرار إلى قسمين: الإقرار بالنسب المباشر، والإقرار بالنسب غير المباشر.

أولا: الإقرار بالنسب المباشر (الإقرار على النفس)

وهو إقرار بقرابة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له وهو قاصر على الأب، فلا يثبت النسب بإقرار غيره، ويثبت بتصريح الأب بإقراره ولو كذَّبته الأم، أو كذَّبه الإبن المستلحق[2] لعدم صحة استلحاقها؛ بإنها إن أقرت بنوة شخص فإنها لا تصدق ولا يلحق بها، لأن النسب حق للأب كما ذكرنا[3].

ويرى الحنفية في القرابة المباشرة (الصلة القائمة بين الأصول والفروع في درجة واحدة) أنه يحق لكل من الوالد والولد والأم أن يدعيا نسبا يلحقانه[4].

شروط صحة الإستلحاق بالنسب المباشر:

1. أن يكون نسب الولد المستلحق مجهولا لا يعرف، فإذا كان الابن معلوم النسب وادعاه آخر فإنه لا يصح، فلا يؤخذ بقوله ويحد حد القذف، فإن ادعى أنه ابنه من الزنا حد جلدًا أو رجماً إن كان محصنا لاعترافه بالزنا[5]، ويلحق الإبن بالفراش لقول النبي ×: "الولد للفراش" .

2 . أن يكون الولد ممن يصح إلحاقه به عقلا وعادة، وذلك مثل أن يولد لمثله فإن ادعى رجل بنبوه طفل بينهما من السنين مقدارا لا يأتي معه أبوة، أو بنوة كتسع سنين، أو يكون المدعي لا يأتي منه الولد كمن به عاهة أو مقطوع الذكر، أو خصي، أو غير ذلك من الأمراض والأعراض المؤثرة في الإنجاب، أولم يتزوج قط أو ادعاه في بلد لم يدخلها [1].

---

(1) الاستذكار: ابن عبد البر النمري القرطبي ج7، ص 164.

(2) حاشية الدسوقي: محمد عرفة الدسوقي ج3 ،ص 412 ، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت.

(3) سراج السالك شرح أسهل المسالك: عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي،ج2 ص163، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،الرغاية الجزائر1992م.

(4) أحكام الأسرة في الإسلام: محمد مصطفى شلبي، ص 715.

(5) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: د.عبد القادر داودي، ص205.

(1) الشرح الكبير على مختصر خليل: ج 3، ص 412.

3 . أن لا يثبت كذب المستلحق فإن كانت قرائن الأحوال تشير إلى ذلك لم يثبت فيه دعوى نسب لرجل إلا ببينه بخلاف ما إذا نسبته امرأة. يقبل قولها إن ادعته أنه من زنا لأن ولد الزنا يثبت سبه من أمه إلا أن يعرف كذبها[2].

4 . أن يصدقه المقر له إن كان مميزا، لأن الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى الغير بدون بينة

فإن كان المقر له غير مميز، فلا يحتاج إلى تصديقه ويثبت نسبه من مدعيه[3] لتشوف الشارع إلى اتصال الأنساب، ولأن في ذلك مصلحة كبرى للولد وللمجتمع.

5 . لا يشترط في الإستلحاق حياة المستلحَق، فإن مات جاز استلحاقه وَوَرِثَه إن ترك أبناء، فإذا لم يترك ولدا فإنه يلحق به ولا يرثه لاتهامه بأنه استلحقه لأخذ ماله، ما لم يكن المال قليلا جدا[4].

6 . أن لا ينازعه في إقراره منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا، فلم يكن إلحاق نسب الولد بأحدهما أولى من الآخر بمجرد الإقرار فلابد من بينة تثبت نسب أحدهما دون الآخر[5].

أما الإقرار غير المباشر فهو بالشروط المتقدمة للإقرار المباشر ويضاف إليه أمرين:

1 . أن يصدق المقر عليه بالنسب إذا كان حيا، فيثبت بالتصديق والإقرار المباشر، ولا يتحقق الإقرار بالنسب غير المباشر إلا إذا كان المقر عليه وهو الملحق به النسب ميتا[6].

2 . أن يكون المقر وارثا.

ملاحظة: الإقرار من غير الأب بنسب إنسان لإنسان: هو من جانب الإخبار والشهادة فلا يثبت به النسب، إلا إذا شهد بذلك عدلان فأكثر، لأن النسب لا يثبت إلا بعدلين (وهو إلحاق أحد الأقرباء غير الوالدين والولد وحمله على غير المقر).

ثانيا: الإقرار على الغير

---

(2) المدونة الكبرى: مالك بن أنس ج6 ص 336 تحقيق دار صادر، بيروت لبنان. د.ت.ط.

(3) شرح مختصر سيدي خليل: محمد الخرشي ج6ص102، دار الفكر للطباعة بيروت، د،ت،ط.

(4) سراج السالك: ص164.

(5) مواهب الجليل: ج5،ص238 .

(6) وسائل الإثبات: محمد الزحيلي، ج1ص، 279.

أ. الإقرار من الأم:

إذا أتت امرأة بابن وادعت أنه ابنها بغير بينة تشهد أنه ولدها فلا يثبت، ولو صدقها الولد.

إذ ليس هناك أب يلتحق به الولد، لأن إقرارها يتضمن تحميل النسب على الغير وهو زوجها؛ فإن صدقها، أو قامت البينة على أنه ولد على فراشه بشهادة القابلة، أو امرأة أخرى، حينئذ يكون النسب قد ثبت بواسطة البينة لا بالإقرار، ويثبت الإقرار المجرد بالولادة من الزنا لأمه إذا أثبتت ولادته له[1](وهو الإقرار بالأمومة).وهذا الفارق بين إقرار المرأة بالولد من الزنا وانتساب الولد لأمه، أما الرجل فلا ينسب له إن أقر أنه من زنا.

ب. الإقرار من الولد :

لا يثبت النسب بإقرار الولد إذا قال هذا أبي إلا إذا صدقه الأب؛ فيكون ذلك بإقرار الأب أو تكون للإبن بينة على دعواه، كأن يشهد عدلان على ذلك[2].

ج. الإقرار من الجد :

الإقرار من الجد ببنوة الطفل لابنه غير جائزة؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير، ولذلك لو قال هذا الابن ابني لم يجز ولم يصدق، ولا يثبت نسبه، فإن قال: والد هذا الطفل ابني صُدق لأنه ألحق نسبه من يحق له إلحاقه[3].

د. الإقرار من الإخوة:

الحالة الأولى: إقرار جميع الورثة:

إذا أقر جميع الإخوة بأخوة آخر وكانوا عدولا صار لهم أخا يأخذ من التركة كواحد منهم وتصير

البنات إخوته محارم له ويكون إقرار الأخوة من قبيل الشهادة وليس من باب الإقرار. والنسب يثبت بشهادة رجلين عدلين كما سنرى في مبحث البينة، وحتى لو شهد له غير إخوته ثبت نسبه أيضا

---

(1) الأسرة : الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، ص 287.

(2) الشرح الكبير على مختصر خليل: ج 3 . ص417.

(3) الأسرة : الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، ص 287.

فإن شهد له عدل واحد من إخوته أو أكثر من واحد، لكنهم غير عدول ورث من شهد له مع إخوته ولا يثبت له نسب؛ لأن النسب يثبت بشهادة عدلين وهذا ما ذهب إليه المالكية[1].

أما الحنفية فقالوا بشهادة رجل وامرأتان وأما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى إقرار جميع الورثة فإذا أقروا بوارث ثبتت له جميع الحقوق من النسب وآثاره الشرعية، وإن أنكر بعضهم فلا يثبت لأن النسب لا يتبعض[2].

الحالة الثانية : عدم بلوغ النصاب في الشهادة

ذهب المالكية إلى أن من اعترف وأقر بابن حمَّله على أبيه أنه لا يثبت النسب، ويثبت له حق الميراث في حصته من مال أبيه، فإن أقر له أخ آخر استكمل حقه من الميراث وثبت نَسبُه[3].

وذهب الشافعية إلى عدم ثبوت النسب والميراث باختلاف الورثة[4].

الفرع الثالث: أثر الإقرار بالنسب المباشر

إذا صح الإقرار بالنسب المباشر واستوفى شروطه العامة والخاصة، فإنه يترتب عليه ثبوت النسب، وآثاره الشرعية من الإرث والنفقة والمحرمية، ولا يجوز نقضه أو إسقاطه أو التنازل عنه ولو بتصادق طرفيه(الزوج والزوجة)، ولا يتصور تحويله من شخص إلى آخر، وإن ثبت بإقراره لا يقبل نفيه مطلقا ولو باللعان، خلافا للثابت بالفراش فإنه يصح فيه الملاعنة؛ لأن النسب ثبت فيهما بحكم الفراش، ويحتمل أن لا يكون منه فيجوز نفيه والملاعنة فيه، أما الثابت بالإقرار فإنه ثابت بأقوى البينات وسيد الأدلة، حتى إنه تثبت به الحدود ويلزم منه القصاص.

ولا يقبل منه تراجع لأنه أقر بأنه تكوَّن وخُلِق من مائه، وهذا باتفاق جماهير الفقهاء[5].

وإذا استقر النسب إلتحق المنسب إليه بقرابته، وتعلقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بذلك من المحرمية، والولاية، والنفقة والحضانة وغيرها، ولذلك فقد حصنه الإسلام فلا يجوز نقضه ورده أو هبته

---

[1] الشرح الكبير على مختصر خليل: ج 3 ص417.

[2] أسنى المطالب في شرح روض الطالب: ج2 ص223.

[3] شرح الزرقاني: ج 4، ص33 .

[4] مغني المحتاج: ج2ص262

[5] المبسوط للسرخسي ج17 ص98، 99.

فقد قال عليه الصلاة والسلام:«الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب[1]».

كثير من الآباء في زماننا يريدون التبرؤ من أبنائهم ويمنعون عنهم أخذ ألقابهم، وما يتبع ذلك من ميراث وغيره وهو ما كان من أمر الجاهلية الذي أبطله الإسلام، يسمونه بالخليع يخلعونه من الإنتساب إلى القبيلة فلا يؤاخذون بما جَرَّ ولا يَطلبون إن جُرَّ عليه[2].

القول المختار

والذي يترجح لدينا قول الجمهور، وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية في أحد الأقوال، والحنابلة في وجه بأنه لا يصح الرجوع عن النسب بالتصادق لما يترتب عليه من خلخلة الأنساب والتلاعب باه، وزعزعة العلاقات الأسرية، وفتح المجال على الشكوك والظنون، وزيادة على ذلك أنه حق لأصحابه (الزوج والزوجة والولد) وأيضا هو حق لله تعالى يحتاط في إثباته، فإذا ثبت لا يجوز له أن ينفيه، يؤيد ذلك ما جاء عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من أقر لولد طرفة عين فليس له أن ينفيه.وبعضهم صرح بالإجماع فقال: لا يصح النفي للولد وهو مجمع عليه[3].

الفرق بين الإقرار بالنسب والتبني :

عندما يدور الكلام حول إقرار الرجل بنسب ولد ينسبه إلى نفسه؛ فإنه ينسب ولده الذي يمكن أن يكون من زوجته ولم يسجل في دفتر العائلة لعارض كفقدان، أو غيره، فإنه يسجله متى تيسر له ذلك، ويصدَّقُ إن ألحق لقيطا ادَّعى أنه ابنه وطرحه في طريق الناس لأجل أن يعيش له الولد.

أما لو أخذه من دار الأيتام طفلا صغيرا ثم رباه وألحق نسبه، فهذا هو التبني ولو أرضعته الزوجة اعتبر ولدا من الرضاع ويحرم إلحاق نسبه، ولا يسمى إلحاقا بالنسب، ولا إقرارا، لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو طريق لإثباته وإظهاره، ولأن الشروط التي جعلت لقبول الإلحاق تمنع دخول هذه الأصناف لأن المتبني غالبا يكون معروف النسب والتبني تصرُّف منشئ للنسب.

المطلب الثالث: إثبات النسب بالقيافة والقرعة

---

(1) رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الولاء باب من أعتق مملوكا له،ج10ص292، وانظر مسند الشافعي ومن كتاب البحيرة والسائمة،ص338.

(2) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ج12ص242،دار المعرفة، بيروت،1379م.

(3) سبل السلام شرح بلوغ المرام: ج3 ص 255.

الفرع الأول: إثبات النسب بالقيافة

أولا: تعريف القيافة في اللغة والاصطلاح:

القيافة بكسر القاف(مصدر قائف)وهو التعرف على نسب المولود بالنظر إلى أعضائه وأعضاء والده[1].

القَوفُ: قُوفُ الرقبة وقُوفَتُها الشعر السائل في نُقْرتها، يقال خذ بقُوف قَفاه وبقوفة قفاه وبقافيةِ قَفاه وبصوف قَفاه، وصوفته، وبظَليفه وبصَلِيفه وبصَلِيفته، كله بمعنى قفاه[2].

القيافة: حرفة القائف، والقائف: الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ويقال فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة، مثل قفا الأثر واقتافه[3].

والكلمة هذه لها أصلان فعن ابن عباس قال في قوله تعالى:﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ [سورة الإسراء: الآية 36] قال:لا تقل ما ليس لك به علم وعن مجاهد قال: لا تقف: لا ترْمِ وهذه الأقوال ترجع إلى معنى واحد، وهو من قفوت الشيء اتبعت أثره، والمعنى لا تتبعن لسانكما لم تعلمه فتكلم بالحدس والظن[4]،وفي الحديث:« نحن بنو النضر لا نقفو أمنا ولا ننتفي من أبينا[5]». وأصل القفو: العضة والبهت والتقافي التقاذف، ولا تقف: لا تتبع مالا تعلم، أو لا تقل للناس وفيهم مالا علم لك به فترميهم بالباطل، وتشهد عليهم بغير الحق، فذلك هو القفو[6].

ب: تعريف القيافة في الإصطلاح:

---

(1) معجم لغة الفقهاء: محمدرواس قلعجي ج1،ص373،دار النفائس ط2/ 1408هـ 1988م لبنان.

(2) لسان العرب: ابن منظور ج 3 ص 1113.

(3) نفس المرجع : ج 3 ص 1113.

(4) معاني القرآن للنحاس: تفسير سورة الإسراء، ج4، ص155،156..

(5) سنن ابن ماجة: كتاب الحدود باب من نفى رجلا من قبيلته، ص 605.

(6) جامع البيان في تأويل القرآن: محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، ج17،ص447، 448،تحقيق أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1420/1هـ2000م.

القيافة مصدر قاف بمعنى تتبع أثره ليعرفه، والقائف: هو الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي[1]، وهي قسمان:

1 . قيافة الأثر: ويقال لها العيافة وهو علم باحث عن تتبع آثار الأقدام، والأخفاف، والحوافر في الطرق القابلة للأثر يستدل به للدلالة على الفار من الناس، والضوال من الحيوان، يتتبع آثارها وقوائمها بقوة الباصرة وقوة الخيال والحافظة[2].

2 ـ قيافة البشر: وهو علم باحث عن كيفية الاستدلال بهيئات أعضاء الشخصين على المشاركة والإتحاد بينهما في النسب والولادة[3].

تعريف الفِراسة في اللغة: التثبت والنظر، الظّنّ الصّائب النّاشئ عن تثبيت النّظر في الظّاهر لإدراك الباطن. ولا يخرج المعنى الاصطلاحيّ عن ذلك[4].

ثانيا: الفرق بين القيافة والفراسة:

الصلة بين القيافة والفراسة أن كليهما يقوم على النظر إلا أن بينهما فارقا، وأن القيافة ليست منها، بل هي من باب قياس الشبه وهو أصل معمول به في الشرع[5]؛ فالقائف يقوم بجمع الأدلة ويكشف عنها مع النظر فيها والموازنة بينها بنوع خبرة لا تتاح إلا بالتعلم والتمرس ومداومة النظر.

أما التفرس فيختص بإعمال الذكاء الشخصي والقدرة الذهنية الخاصة لوزن الأدلة المتعارضة وتقديرها ويلحق بالفراسة الإلهام والكرامة ولا يجوز للقاضي الحكم بالفراسة، وهي ناشئة عن جودة القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر[6].

---

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج34ص92.

(2) أبجد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم: صديق بن حسن القنوجي، ج2ص385، أعده للطبع عبد الجبار زكار، وزارة الثقافة، دمشق 1978م.

(3) نفس المرجع: ج2ص436.

(4) التعريفات: للجرجاني ص244 .

(5) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ابن فرحون، ج 2 ص115.

(6) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ص 114.

أما القيافة فهي نوع من القياس بآثار خفية وهو بتعبير العصر ما يقوم مقام الخبير في مجالات التخصص كالطب، والعلوم الفيزيائية، والكيميائية، وقياس البصمات بالآثار وغيرها من العلوم واعتبار أثر السير لغنم نفشت ليلا أفسدت زرعا قيافة في الأموال كالقيافة في الأنساب[1].

ثالثا: حكم وشروط العمل بالقيافة

أ . حكم العمل بالقيافة

القيافة علم قائم أ شار القرآن الكريم لطرف منه في قصة يوسف﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ﴾[سورة يوسف: الآية 18]قال بهذا الطريق جمهور العلماء وخالفهم الحنفية[2].

وجاء في المحلى: «القيافة علم صحيح يجب القضاء به في الأنساب والآثار[3].»

والأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله × دخل عليها مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال:«يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض[4]».

وجاء في المغني: فلولا جواز الإعتماد على القيافة لما سُرَّ به النبي × ولا اعتمد عليه ولأن عمر رضي الله عنه قضى به في حضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا[5]

قال الشافعي رضي الله عنه: فلو لم يعتبر قوله لمنعه النبي × من المجازفة لأنه × لا يقر على خطأ ولا يسرُّ إلا بالحق[6].

---

[1] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علي بن سليمان المرداوي،ج 6، ص241.

[2] بدائع الصنائع: ج6،ص244.

[3] المحلى: ج10، ص149.

[4] صحيح البخاري: كتاب الفرائض باب القائف ج 4 ص282،.

[5] المغني : ج 6ص 404.

[6] حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام: زكريا الأنصاري ج 11 ص10، دار الفكر بيروت د،ت،ط.

وعند المالكية وفي المشهور عن مالك إنما يقضي بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح، وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي[1].

وما روي عن مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال القائف: لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال: أخبريني خبرك فقالت: كان هذا لأحد الرجلين يأتيني وهي في إبل لقومها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها، فأهريقت عليها دماء ثم خلف عليها هذا، تعني الآخر فلا أدري من أيهما هو، فكبر القائف، فقال عمر رضي الله عنه للغلام: وال أيهما شئت[2].

قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع[3].

ب . شروط العمل بالقيافة

اشترط الفقهاء بعض الشروط لاعتبار عمل القائف والعمل به كحجة عند التقاضي، فاتفقوا في بعضها واختلفوا في بعض آخر ومن هذه الشروط ما يلي:

1- **الإسلام**: والإسلام شرط للمسلمين حتى لا يتولى عليهم كافر قال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [سورة النساء الآية: 141]، وقد أخذ بهذا الشرط جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية وقالوا باعتبار الإسلام[4].

2- **أن يكون واحدا أو اثنين فأكثر**: اختلف الفقهاء حول هذا الشرط فروى عن مالك فيها الاكتفاء بشاهد، وفي رواية: رجلان لأنه من باب الشهادة.

وقد حصر بعضهم ذلك فقال: المترد بين الشهادة والخبر سبع: القائف، والترجمان، الكاشف عن

---

(1) بداية المجتهد: ج2، ص360. وانظر تبصرة الحكام ج2ص100.

(2) موطأ مالك: ص 525،526. إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس1397هـ 1977م.

(3) المرجع السابق: ج2، ص 359.

(4) أحكام القرآن: ابن العربي، ج1ص251.

البينات، قائس الخراج، الناظر في العيوب(كالطبيب والبيطار) والمستنكه للسكران والحَكَمين[1].

فإذا تعارض قول قائفين، أو تساوت بينتهما لا يلحق بأي منهما وقيل يلجأ إلى القرعة.

الفرع الثاني: القرعة:

أ . تعريف القرعة في اللغة والإصطلاح:

القُرْعةُ السُّهْمةُ والمُقارَعةُ المُساهَمَةُ وقد اقْتَرَعَ القومُ وتقارَعوا وقارَع بينهم وأَقْرَعَ أَعْلى وأَقْرَعْتُ بين الشركاء في شيء يقتسمونه ويقال كانت له القُرْعةُ إِذا قَرَع أَصحابه وقارَعه فقرَعَه يَقْرَعُه أَي أَصابته القُرْعةُ دونه، والقرعة النصيب، ويقال كانت له القرعة إذا قارع أصحابه غلبهم بها[2].

تعريف القرعة في الإصطلاح:

القرعة: هي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم بما يمتنع علمه حين فعله[3].

ب . حكم إثبات النسب بالقرعة:

اختلف الفقهاء في إثبات النسب بالقرعة إلى قولين

القول الأول: أن القرعة دليل شرعي لإثبات النسب، وهو قول للإمام الشافعي[4]،وأحمد[5] والظاهرية[6]، دليلهم في ذلك حديث عن زيد بن أرقم قال: أُتي علي رضي الله عنه بثلاثة وهو باليمن وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين أتقران لهذا بالولد ؟ قالا: لا ، حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قالا: لا، فأقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه القرعة، وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه و سلم فضحك حتى بدت نواجذه[7].

---

(1) الذخيرة :ج4، ص 302.

(2) لسان العرب ج3ص778.المعجم الوسيط ج2، 373

(3) شرح حدود بن عرفة: ص497.

(4) الأم : ج 7ص 178.

(5) الفروع وتصحيح الفروع: محمد بن مفلح المقدسي،ج5،ص409 تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية1418هـ بيروت.

(6) المحلى: لابن حزم، ج9ص345. ج10ص150.

(7) سنن أبي ، كتاب الطلاق، باب من قال بالقرعة إذا تنازعوا في الولد،ج2 ص281.

قال ابن حزم: "لا يضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم دون أن ينكر ما يرى أو يسمع مالا يجوز البتة إلا أن يكون سرورا به وهو عليه الصلاة والسلام لا يسر إلا بالحق ولا يجوز أن يسمع باطلا فيقره [1]".

القول الثاني:

طريق القرعة ليست دليلا شرعيا يلجأ إليه في إثبات النسب، ويكتفى بالقيافة، وتتعين القرعة في العتق. ذهب إلى ذلك المالكية[2]، والحنفية واعتبروا ذلك من القمار[3]، والحنابلة[4].

ويرى بعض الدارسين أن القرعة إنما يلتجأ إليها عند ما يكون الولد صغيرا فيقرع له للحضانة، فإذا بلغ أحس بالعطف والحنان فإلى أيهما شاء ذهب ،كما أن الزمان كفيل بإظهار الحقائق[5].

القول المختار

من خلال عرض الآراء حول إثبات النسب عن طريق القرعة، والإختلاف الدائر بين المجيزين والمنكرين ومن يرى اقتصارها على عتق العبيد، فإن قضية إثبات النسب بالقرعة لا تكون حسب رأيي إلا في أنكحة العبيد عند البيع والشراء، وقد مضى ذلك، أو في الأنكحة الفاسدة.

والقواعد المعمول بها عند المنازعة مرتبة حسب دلالتها وحجيتها وعند التعادل نرجح اللجوء إلى القيافة بعرض المولود على القائف، وقد زال هذا العلم وذهب رواده، ولنا في عصرنا ما هو أدق منه وأجدى ألا وهو التحليل الطبي، والإستعانة بأقوال أهل الخبرة،من تحليل الدم والصفات الوراثية التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء، ولا تتطابق الصفات الوراثية لشخصين ولو كانا أخوين إلا في حالة التوائم المتطابقة والعلم أثبت إمكانية إثبات ونفي النسب عن طريق البصمة الوراثية التي سنذكرها.

---

(1) المحلى لابن حزم ج10،ص150

(2) المدونة الكبرى ج2،ص 398، 551، الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ،ج7ص139.

(3) تبيين الحقائق ج4ص 316

(4) شرح منتهى الإرادات ج2ص545.

(5) إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية: عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي ص100، جامعة القاهرة 1420هـ2000م.

المبحث الثاني: طريقة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية في الفقه والقضاء.

في ظل الإكتشافات العلمية الحديثة ظهرت منذ سنوات قضية البصمة الوراثية أو محتوى الحمض النووي، والذي يعني أن لكل إنسان بصمة خاصة به لا تتكرر، يرث إحدى شقيه عن أبيه والآخر عن أمه، وقد أحدث هذا الإكتشاف ثورة في مجال الإثبات الجنائي والإنتماء الأسري وطفقت الشركات العالمية تتبارى في بناء المختبرات وتسويق هذا الإكتشاف، وتعميمه بما يخدم السبق العلمي، وإحراز نتائج طالما احتاج الناس إليها في مجال التحقيق الأمني، والإنتساب العائلي، بتطور الجرائم الواقعة على الأنفس والأعراض.

المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية ومفهومها.

الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية

لم يكن هذا المصطلح معروفا إلى حدود سنة 1984م حينما اكتشف إليك جيفريز عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن، أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية، وهي مميزة لكل فرد ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوائم المتماثلة نوع نادر من التوائم المتطابقة الناشئة عن انقسام بويضة مخصبة واحدة MZT. وأطلق على هذا الإكتشاف إسم (البصمة الوراثية للإنسان DNA fingerprint أو الطبعة الوراثية. وأطلق عليه إريك لاندر محقق الهوية الأخير[1] DNA typing. وأخذ هذا الإسم من بصمات الأصابع (empreinte dégitale)من خلال ما ينطبع منها على الأجسام المصقولة، علما بأن بصمات الأصابع تختلف من شخص لآخر حتى أصابع الشخص الواحد؛ فكذلك دلت الإكتشافات أن النواة في خلية الإنسان يختلف بها المحتوى الوراثي ولا يمكن تشابه البصمة الوراثية(empreinte génétique)إلا في التوائم المتماثلة فقط واحتمال تشابه بصمتين لايرِد إلا بنسبة واحد في التريليون، أو واحد من(64)مليار وسكان الأرض يعدون بالمليار لا غير[2].

---

(1) البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية: مسعد هلالي ص 260. الموضوع السابع أعمال وبحوث الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكةالمكرمة.

(2) البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها: وهبة مصطفى الزحيلي، ص16. الموضوع السابع أعمال وبحوث الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكة المكرمة.

والخلية الإنسانية تتكون من نواة وتحوي النواة 46 زوجا من الصبغيات (الكروموزوم) وهي موجودة في نواة كل خلية من خلايا الجسم ماعدا خلايا الدم الحمراء، وتنتقل بالطريقة الطبيعية عن طريق الخلايا الجنسية الذكرية والأنثوية في السائل المنوي والبويضة؛ فالحيوان المنوي يحتوي على 22 صبغيا جسديا AUTOSOM وصبغيا واحدا جنسيا: SEX-CHROMOSOME.

وهو صبغي (X) أو (Y) أما البويضة فتحوي 22 صبغيا جسديا وصبغيا واحدا جنسيا(X) ومجموع الصبغيات 46 زوج وكل واحد من هذه الصبغيات يحتوي على عدد كبير من الجينات(*) الوراثية قدرها بعضهم إلى مائة ألف جين[1].

وأخيرا وجد أن عدد الجينات مابين ثلاثين ألفا إلى خمسة وثلاثين ألفا[2]،وعند التقاء نطفة الرجل وتلقيحه لبويضة المرأة يندمجان ويكونان مايسمى بالنطفة الأمشاج أو"الزيجوت" ثم بعد ذلك تعلق بجدار الرحم[3] ثم يكون الانقسام الخلوي؛ خليتين، فأربع، فثمان وهكذا...

وتتكون الخلية من نواة(N0YAU) تحيط بها كتلة من السيتوبلازم ويحيط بكل منهما غشاء رقيق.

والنواة هي مركز الخلية وهي العقل المدبر وهيئة التحكم ، لها غشاء يسمى بالغشاء النووي بداخله السائل النووي وفيه الخيوط الكروموسومية مختلطة مع بعضها البعض، تظهر في التحضيرات المصبوغة في شكل شبكة وترى في حالة الإنقسام في شكل خيوط، أو أشرطة وتسمى بالصبغيات وهي 46 صبغي في كل خلية، ويقدر عدد الخلايا في الإنسان حوالي عشر تريليونات خلية [4].

---

[1] البصمة الوراثية: سفيان العسولي، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في الكتاب والسنة مكة المكرمة.انظر تطبيقات تقنية البصمة dna في التحقيق والطب الشرعي/إبراهيم صادق الجندي حسين الحصني ص46 ط2002/1423/1م.الرياض.

[2] أحكام الهندسة الوراثية: سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ،ص57 كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع 1428هـ2007م.

[3] بحوث فقهية في قضايا طبية: علي محمد يوسف المحمدي،ص117،دار البشائر الإسلاميةط1426/1 2005م.

[4] الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء د . كارم السيد غنيم ص11.

(*) كلمة "جين "كلمة يونانية "GENOS"وهي تعني الأصل أو العرق أو السلالة أو المورثة انظر الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ،د.كارم السيد غنيم، ص20،دار الفكر العربي ط1 1418هـ 1998م.تأملات في هندسة الجينات: سلامة السقا،ص 58(مجلة منار الإسلام، ع4 ربيع الثاني1409هـ.

الفرع الثاني: مفهوم البصمة الوراثية

أولا: تعريف البصمة الوراثية لغة واصطلاحا

1 . تعريف البصمة في اللغة:

جاءت بمعنى العلامة، ومنها بصم القماش بصما أي رسم عليه [1].

البُصم والبَصم فوت مابين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال مافارقتك شبرا ولا فترا ولا رتبا ولا بُصما ورجل له بصم: غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثير الغزْل[2].

وهي كلمة عربية أصيلة تعني الفارق بين بين الإصبعين الخنصر والبنصر، وقد تولد منها معنى جديد أقره مجمع اللغة العربية: وهو أثر الختم بطرف الإصبع بعد دهنه بمادة دهنية يحضر به [3].

ب–الوراثية: الواو والراء والثاء كلمة واحدة هي الورث وأصل الورث أو الإرث: وهو الإنتقال تقول ورِث المال يرثه ورِثا وإرثا ووِراثة : أي صار إليه بعد موت مورثه [4].

ويطلق على البقية وفي الحديث:«قفوا على مشاعركم فإنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم[5]».

ومعنى الحديث أنكم على بقية من ورث إبراهيم الذي ترك الناس عليه بعد موته.

2 . تعريف البصمة في الإصطلاح

أ– البصمة عند الإطلاق يراد بها بصمات الأصابع، وهي الإنطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحا مصقولا، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحَلَمية التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تتشابه إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد [6].

---

[1] المنجد في اللغة والإعلام: ص 40، المطبعة الكاثوليكية الطبعة الثالثة والثلاثون1992 دار المشرق بيروت.

[2] لسان العرب: ج5 ص 36 .

[3] المعجم الوسيط: ص60.

[4] معجم مقاييس اللغة: ج6 ص105، لسان العرب: ابن منظور: ج1/ص 720.

[5] سنن أبي داود: كتاب المناسك، باب موضع الوقوف بعرفة ج2 ص189.

[6] البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية: عمر بن محمد السبيل إمام وخطيب المسجد الحرام المدرس بجامعة أم القرى،ص9، دار الفضيلة –الرياض، ط1423/1هـ،2002م.

– عرفها المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامية بمكة بما يلي: ((هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وهي وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية، من الدم، أو اللعاب، أو المني أو البول وغير ذلك...[1])).

–وعرفتها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني (المنعقدة بالكويت)

هي:((البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطىء في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية وإثباتها[2])).

وعرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي:((هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا (DNA) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه)) [3].

ثانيا: المفهوم القانوني للبصمة الوراثية

لا يزال التقنين العربي والإسلامي لم يضبط هذا المصطلح، ليدخل مرحلة التنفيذ، كدليل شرعي في القضاء (النسب والجناية)، ولم يفصل بعد في حجية الخبرة والخبير (الدليل المادي).

وللقاضي حرية النظر في اقتناعه بالدليل من عدمه، ولقد خطا القضاء الغربي بصفة عامة طوات في هذا المجال،ووظف المعلومات الجينية في التقاضي والإدانة، فعلى سبيل المثال قضية (مونيكا لوينسكي وبيل كلينتن) كأكبر محاكمة تتم في هذا المجال وكان الحكم لصالح نتيجة البصمة الوراثية[4].

والقضاء الفرنسي وغيره كذلك أعطى نماذج عدة، وسعى إلى التقنين دون قيد، بالاعتماد كليا على نتائج المختبر في الأسرة والجناية، وقد جاء تعريفه للبصمة الوراثية كما سنبين.

---

[1] مجلة المجمع الفقهي الإسلامي(البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها)، قرارات الدورة السادسة عشر 21.إلى 26 شوال -1422هـ 5.إلى 10 جانفي2002م.العدد الخامس عشر السنة الثالثة عشر، ص478.

[2] أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني:—رؤية إسلامية– المنعقدة في الكويت.في الفترة الممتدة من2إلى 25 جمادى الآخرة 1419هالموافق ل و2002/7/5م

[3] البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية،دراسة فقهية مقارنة: خليفة علي الكعبي ص43، دار النفائس،ط1426/1هـ2006م.

[4] دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية:إبراهيم أحمد عثمان ص29، المؤتمر الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي الموافق ل 2-1428/11/4 والموافق ل 12-2007/11/14م.

1. تعريف البصمة الوراثية في القانونين الفرنسي والمصري:

عرف القانون الفرنسي البصمة الوراثية بأنها: "الهوية الوراثية الأصلية لكل إنسان التي يتعين بطريق التحليل الوراثي، وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام[1].

في القانون المصري: هي المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية[2].

2. تعريف البصمة الوراثية في القانون الجزائري:

في تعريف المقنن الجزائري لم نعثر على تعريف يحدد مدلول المصطلح، سوى ما جاء في التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة(40) البند الثاني:" بجواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" وهذا غير كاف؛ فالطرق كثيرة، والتعريف يجب أن يكون دقيقا.

الفرع الثالث: مكونات البصمة الوراثية وخصائصها

أولا: مكونات الخلية:

أ . تعريف الكروموسوم : CHROMOSOME

ظهر هذا الإسم إلى الوجود سنة 1877م، وسميت بالصبغيات (كروموسومات) وأكد العالم الشهير: أوجست فايسمان(*) في كتاب عنوانه(البلازما الجرثومية) أن الأبوين يشتركان في

نقل الصفات إلى أبنائهما بالتساوي، فالصبغيات هي حاملات الوراثة، وهي التي تحدد صفات الكائن الحي[3]. يوجد في الإنسان 46 صبغيا وهي موجودة في نواة كل خلية ماعدا خلايا الدم الحمراء نصف هذا العدد من الذكر والنصف الآخر من الأنثى، فعند الرجل 22 صبغيا جسديا وصبغيا واحدا جنسيا وهو إما صبغي (X) أو (Y)، وهو عند الأنثى 22 صبغيا جسديا وصبغيا جنسيا

---

[1] البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات: د.حسني محمود عبد الدايم ص 92،93 دار الفكر الجامعي.ط/1، 2008م مصر.

[2] البوليس العلمي أو فن التحقيق: رمسيس بهنام ص 150 ، منشأة المعارف، الإسكندرية 1999م.

[3] الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ص19.

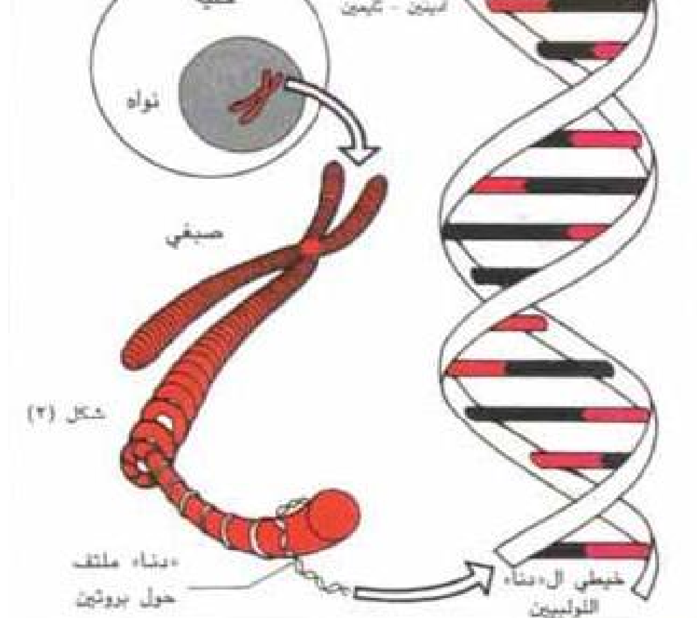
(*) أوجست فايسمان: عالم أحياء ألماني(1834– 1914م).عُرف بنظرياته عن الوراثة. أكد استقلال البلازم الجرثومي، كما سمى عوامل الوراثة في الخلايا الجنسية وأنكر إمكانية وراثة الصفات المكتسبة، وتنبأ بوجود البلازم الجرثومي في الصبغيات، وهي نبوءة صحت فيما بعد.

واحدا(x)فيكون عند الرجل مجموع 23 صبغي (xy) ويكون عند الأنثى 23صبغي(xx)[1].فإذا لقحت بييضة بحيوان منوي فهذا يعني أن النواتين التحمتا في نواة واحدة فتكوَّن لدينا 46 صبغيا نصفها من الأب والنصف الآخر من الأم[2].

يتركب الصبغي من جزيء واحد طويل حلزوني مادته هي الحمض النووي الريبي منقوص الأكسجين (deoxyribonucleicacid) إختصار(dna) يشكل ما يشبه السلم، حيث يمثل هيكلا السكر الخماسي والمركب الفوسفوري جانبي هذا السلم، بينما تمثل القواعد النتروجينية(*) درجاته.هذه الدرجات تتكون إما من الأ دنين (A) الذي يرتبط بالثايمين (T) برابطة هيدروجينية ثنائية ، بينما يرتبط الجوانين (G) بالسيتوزين (C) برابطة هيدروجينية ثلاثية اكتشفه العالمان: (جيمس واطسون) وزميله

(فرانسيس كريك) سنة 1953[3].

انظر الشكل (1)



شكل رقم(1)

(1) البصمة الوراثيةمفهومهاوحجيتها: ياسين بن ناصر الخطيب مجلة العدل عدد41،ص166، 1430هـ.

(2) فقه القضايا الطبية المعاصرة: علي محي الدين القرةداغي،علي يوسف المحمدي ص372،دار البشائر الإسلامية ط3 1429هـ،2008م.

(3) موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة: عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده ج1ص27 دارالعلم للجميع،ط1/ 2006م.

(*) القواعد النتروجينية الأربع هي: الأدنين،الثيامين،الجوانين والسيتوزين وهي الحروف الأربعة التي تدخل في بناء كل من DNAوRNA وتشكل عشرين كلمة فالحروف هي النيوكليوتيدات والكلمات هي الأحماض الأمينية.
انظر:الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية: أشرف توفيق شمس الدين ص33، دار النهضة العربية 2006م مصر.

ب . تعريف الجينات

هي جزء من الحامض النووي وهي المسؤولة عن تخزين ونقل كافة المعلومات الوراثية التي يأتي نصفها من الأب والنصف الآخر من الأم، وتنتقل الصفات الوراثية من الجينات المتواجدة في الكروموسومات، ففي كل كروموسوم واحد مائة ألف جين مورث[1].

وعرفه آخر: الجين هو عبارة عن الجزء الكروموسومي الذي يحمل الشفرة الوراثية اللازمة لبناء البروتينات ويتراوح طول الواحدة من عدة آلاف إلى أكثر من مائة ألف زوج نيوكليوتايدي، تحتوي هذه الأزواج على المعلومات اللازمة لتصنيع البروتينات، ثم يتم ترجمتها إلى أحماض أمينية ذات تسلسل معين يدخل في بنية جزيء البروتين[2].

ويتألف الجين من ثلاثة ملايين زوج من القواعد النتروجينية، وهي الشفرة التي تحمل سيرة الإنسان الذاتية في أدق التفاصيل الوراثية [3].

ومجموع الجينات مركوزة في نواة الخلية وهو ما يسمى بالمحتوى الحمض النووي(DNA) مرتب على سلسلة طويلة تبلغ حوالي المترين مرصوص عليها الجينات بتكثف داخل النواة، وتختلف عدد الجينات في الخلية الواحدة من كائن لآخر، ويبلغ عدد الجينات في خلايا الإ نسان حسب ما توصل إليه الباحثون مؤخرا بعد الإنتهاء من مشروع الجينوم البشري(*) ما بين ثلاثين ألفا إلى خمسة وثلاثين ألفا في كل خلية من خلايا الجسم[4].

---

[1] الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية: أشرف توفيق شمس الدين ص22.

[2] دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة: مضاء منجد مصطفى،ص22 جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية . الرياض 1427هـ،2007م.

[3] البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية: د.مسعد هلالي ص7.

[4] أحكام الهندسة الوراثية: د. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، ص57.

(*) مشروع الجينوم مصطلح مركب مزجي من كلمتين (جين وكروموسوم)مع اختصارفي الكلمة الثانية وهو مشروع علمي اشتركت فيه الدول المتقدمة لبيان وتحديد موقع كل جين على الصبغي ووظيفته وعلاقته بغيره يعني فك الشفرة الوراثية بدأ هذا المشروع سنة 1998م وانتهى سنة 2001م.أحكام الهندسة الوراثية، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ ص 65.

ثانيا: خصائص ووظائف الجينات

الجينات لها وظائف متعددة فهي التي تحدد صفات الإنسان من الطول والقصر، واللون وشكل الرأس والعينين والأنف وغيرها... وتنتقل هذه الصفات من الآباء إلى الأبناء، وهي نسخا واحدة في مورثات الخلية الحية، لكن هذه النسخ من الجينات تحمل أشكالا مختلفة فيكون ذلك سبب الإختلاف. وهناك أكثر من 50 %من القواعد النتروجينية الموجودة في مورثات الخلية لاتستخدم في تقنية البصمة الوراثية، لأنها تتشابه في جميع أشخاص النوع (النوع الإنساني)، أما الكمية المتبقية من هذه القواعد وما تحتويه من حمض الدنا فتختلف من شخص لآخر، وتورث من جيل إلى جيل[1].

وتختلف وظائف الكروموسومات بسبب الإختلاف في أداء الوظائف أوفي البنية، وقد تتشابه في طبيعة مورثاتها وتأثيرها الوظيفي ويسمى حينذاك بالمتجانسان(homozygous) أو يكونان مختلفين فيقال متباينين (heterozygous) يطغى أحدهما على الآخر، وهذا ما يعرف بالمورث السائد والمورث المتنحي فتولد أنماطا ظاهرية مختلفة ويسمى هذا التغير بالطفرة (mutations)، وينتج عن هذه الطفرة ظهور صفة في الخلَف لم تكن واضحة في السلف، وتظل هذه الشفرة خاصة بكل شخص في الوجود لا تتكرر إلا بنسبة1 /64 مليار إلا في التوائم المتماثلة [2].

2 . يقوم الحمض النووي (DNA) في الخلية على نسخ صورة التتابع والتسلسل للأحماض الآمينية لتشكيل حمض نووي آخر يسمى الحمض النووي الريبوزي(RNA)، وأثناء هذا الانتقال تحدد الصفات الوراثية لهذا الإنسان، بصماته وفصيلة دمه، ونوع أنزيماته، ولون بشرته وهذه الشفرة هي التي تحدد نوع البروتين، ثم تنقل هذه النسخة الجديدة التي تعرف باسم الحمض النووي الرسول messanger ribonucleic Acide mRNA إلى سائل الخلية[3].

وقد توصل الباحثون والدارسون أنه لايوجد بدم الطفل عنصر من العناصر إلا إذا كان موجودا عند

---

[1] البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات: د.حسني محمود عبد الدايم ص96.

[2] انعكاس استخدام المادة الوراثية وتأثيراتها المحتملة على الأمن الوطني: حمد بن عبد الله السويلم، ص56 الرياض،1428هـ2007م. وانظر البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها: د. وهبة مصطفى الزحيلي أعمال وبحوث الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكة المكرمة.ص 16.

[3] أحكام الهندسة الوراثية: سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، ص60.

أبويه، ولو ظهر أن هذه المادة غير موجودة عند والدته فهي بالتأكيد موجودة عند أبيه، وفي حالة انعدامها من هذا الأخير(الأب) فلا نسب بينهما.

3. تتعدد مصادر الحمض النووي فهو في جميع خلايا الجسم البشري ماعدا خلايا كريات الدم الحمراء لأنها ليست لها نواة، وهي تستخرج من المواد والأجزاء التالية: 1. الدم 2. المني 3. جذور الشعر 4. اللعاب 5. العظم 6. البول 7. السائل الأمينوسي 8. خلية من البويضة المخصبة. خلية من الجنين. والكمية الكافية تقدر برأس الإبرة لمعرفة البصمة الوراثية [1].

وحوالي 99.5% منDNA يكون متماثل عند كل الناس وهذا ما يجعلها كائنات إنسانية أما النصف الثاني في المائة فهي التي تهم العلماء في مجال الطب الشرعي والتحقيقات الجنائية[2].

4. من خصائص الحمض النووي أنه مقاوم يتحمل شتى أنواع التعفن والتغيرات والتلوثات البيئية من حرارة ورطوبة وجفاف، ويحتفظ بخصائصه مدة طويلة في أقسى الظروف.

الفرع الرابع: طريقة الكشف عن البصمة الوراثية.

أ. طريقة تحديد السمات الوراثية باستخدام تفاعل البلمرة: PCR

باستخدام جهاز PCR ويتم ذلك بتقطيع خيوط ال(DNA) إلى شدفات صغيرة ذات أحجام (أطوال) مختلفة ويتم ذلك بواسطة إنزيم حصري (endonuclease restriction) له القدرة على قطع ال(DNA) في مواضع محددة، وهذه المواضع عبارة عن سياق من النوويدات تتراوح من ثلاثة إلى ستة نوويدات، ويوجد العديد من هذه الأنزيمات يفوق عددها المائتين كل منها يتعرف على سياق نووي ويقطع عنده فتكون لدينا ملايين الشدفات،وبتقنية ماشوب الـ(dna) (technology recombinatيسهل الأمرحيث تستعمل تقنية (blot southern) نشاف سذرن ثم يستخدم مسبار مشع (brobe radioactive) وهو عبارة عن شدفة (dna)صغيرة لها سياق نوويدات متممة للنوويدات في الجين، ولذا فإن المسبار كلما وجد شدفة (dna) لها سياق متمم له إتحد معها.

---

[1] .البصمةالوراثية وتأثيرها على النسب: نجم عبد الله عبد الواحد ص231، أعمال وبحوث الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكة المكرمة.

[2] تطبيقات تقنية البصمة الوراثية DNA في التحقيق والطب الشرعي: ابراهيم صادق الجندي المقدم حسين حسن الحصيني ص62، 63 ،ط1/ الرياض 1423هـ،2002م

ومن هنا يمكن رؤية هذه الشدفات بتعريضها إلى فيلم أشعة حيث يولد الجين شريطا أسود على الفيلم عند إظهاره[1]، وتوضع الشظايا في جهاز تفريد(تشريد) كهربائي بالجيل gel electrophore (sis) بحيث توضع كل عينة على رأس حارة خاصة بالجيل وتعرض لمجال كهربائي بطول الجيل فتتحرك شظايا الـ(dna) بسرعات تختلف حسب أحجامها؛ فالأصغر يتحرك بسرعة أكبر من حركة الأكبر ثم تفصل شظايا الـdna) في كل حارة حسب حجمها ثم تنقل فوق قطعة ورق تسمى" الغشاء" لتكون جاهزة للتحليل ثم يغمر الغشاء بمسبر مشع ثم يعرض لفيلم أشعة (x) بطول الليل فتظهر عليه شرائط ال(dna) ،ثم تقارن هذه الصورة بنظيرتها التي تم تجهيزها لكرات الدم البيض المأخوذة من دم المتهم فإذا توافقت الصورتان كان المصدر واحد، وإلا كانت لشخصين.

ب . طريقة حصر الأجزاء متعددة الأطوال(RFLP)

بعد الحصول على سوائل الجسم واستخلاص الحمض النوويDNA وبع ذلك يتم فصل البروتينات المدنترة باستعمال واحد أو أكثر من المذيبات العضوية، مثل الفينول والكلوروفورم وبعدها يصبح DNA جاهزا للقطع بإنزيمات التحديد (RESTRICTION ENZYMES)وبعد هذه العملية تصور النتائج بطريقة التصوير الشعاعي الذاتي على أفلام الأشعة السينية (X)، ثم يتم إدخالها في نظام آلي مبرمج لتحليل هذه النتائج، وتعتمد هذه الطريقة على عدد موقع التتابعات، وعلى عدد المرات التي تتكرر بها هذه التتابعات بين الأفراد، وهل كان هذا الاختلاف في موقع واحد، ودائما تقوم الأنزيمات بتقطيع DNA عند مواقع يكون فيها يكون فيها تتابع الأزواج القاعدية مميزا[2].

فمثلا يقطع انزيم (H) يقطع جزيء DNAثنائي السلسلة عند أي موقع تتابع أزواجه القاعدية هي CCGG، ودائما يقطع بين Gو C.

---

[1] سفيان العسولي: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات البنوة ،ضمن ثبت كامل أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية-الكويت من 22-24 صفر1422هـ و2002/7/5م.

[2] خريطة الجينوم البشري والاثبات الجنائي دراسة تأصيلية تطبيقية : مريع بن عبد الله بن سعيد آل جار الله ص139، 140 كنوز اشبيلياط/1 1429هـ 2008م السعودية.انظر تطبيقات تقنية البصمة DNA في التحقيق والطب الشرعي: ابراهيم صادق الجندي ص66.

وهناك طريق ثالث يرمز إليه (VTR)، وقد أعطوا نتائج ناجحة في إثبات الأبوة ونفيها[1].

1 . عملية تحديد الصفات وانتقالها:

وإذا أردنا أن نعبر عن هذه الكيفية الظاهرية بشيء من التفصيل فنقول: إن الزيجوت (البييضة الملقحة) تحمل 46 زوج من الكروموسومات نصفها من الأب والنصف الآخر من الأم وأن الكروموسوم رقم (23) يسمى الكروموسوم الجنسي يرمز له عند الذكربالحرفين المتغايرين (x.y) وعند الأنثى بالحرفين (x.x) فإذا حدث تلقيح بين الحيوان المنوي والبييضة وكانت الصبغيات الجنسية (x.x) كان ذلك دالا على أن الخلية خلية أنثى وإن كانت الصبغيات الجنسية (x.y) كان ذلك دالا على أن الخلية ذكرية [2].

وعمل الحمض النووي (DNA) في الخلية يقوم على نسخ صورة التتابع والتسلسل للأحماض الأمينية لتشكيل حمض نووي آخر يسمى: الحمض النووي الريبوزي (RNA)، وأثناء هذا الإنتقال تحدد الصفات الوراثية لهذا الإنسان بصماته وفصيلة دمه ونوع أنزيماته وغيرها[3]إلخ...

وقد بينت البحوث والدراسات العلمية أيضا أنه لا يمكن أن يظهر عند الطفل عنصر ما، ما لم يكن موجودا عند أبويه، ولو اتضح أن هذا العنصر غير موجود عند أمه فهو بالتأكيد يجب أن يكون عند أبيه، وفي حالة انعدامه عند هذا الأخير، فلا مجال للحديث عن صلة نسب بينهما[4].

وقد تطورت الإكتشافات العلمية في مجال الوراثة تطورا قياسيا، فقد كانت الوسائل تفيد نفي النسب لا غير، باعتمادها على نظرية فحص الدم على قانون (مندل)للوراثة(*).

---

[1] البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا: د. نجم عبد الله عبد الواحد، المجلد الثالث ص:224 ، الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكة.انظر البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات البنوة د.سفيان العسولي.

[2] البصمة الوراثية: حسني عبد الدايم ص100.

[3]نفس المرجع: ص100.

[4] دور البصمة الوراثية في إثبات النسب والجرائم الجنائية: إبراهيم أحمد عثمان ص16.

(*) مندل جريجور جوهان (1822-1884م) عالم نبات وراهب نمساوي صاغ القوانين الأساسية للوراثة وأدت تجاربه في إكثار نبات البازلا إلى تطور علم الوراثة ، انظر الموسوعة العربية العالمية ج24ص236، 237 ، ط2/مؤسسة أعمال النشر والتوزيع فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، 1419هـ 1999م.

وتؤكد قوانين مندل(*) على جانب النفي فقط، أما جانب الإثبات فلا، لاعتبار أن فصيلة دم المتهم يشترك فيها ألوف بل وملايين البشر، وتحتمل نتائج لايمكن الفصل فيها. ولا يمكن القطع بإثبات البنوة في حالة توافق فصائل الدم ، فقد وجد أن 45%من دماء البشر تتشكل من فصيلة O، و24%من فصيلةA 10و10% تتشكل من فصيلةBو 3% تقريبا من فصيلة AB[1].

وتدرجت الاكتشافات من نظام فصائل الدم (ABO) منذ سنة 1900م إلى سنة 1927م اكتشف نظاما آخر يسمى (MN)، ثم اكتشف نظام الفصائل الدموية (RH).

وأصبح استخدام الثلاثة أنظمة مجتمعة تمثل نجاح في قضايا النسب بنسبة53% .

وفيما بين 1940و 1970م تم اكتشاف مجموعة من علامات الدم التي يمكن استخدامها في قضايا النسب مثل (keell)و (duffy) و (kidd) وأصبحت نسبة النجاح تمثل 70%،وفي فترة السبعينات تم استخدام نظام (HLA) في إثبات النسب وأدى ذلك إلى ارتفاع نسبة النجاح إلى 97 % ، وفي نفس الوقت أدخلت عوامل أخرى في قضايا النسب وهي بعض انزيمات خلايا الدم الحمراء وبروتينات مصل الدم مثل (فوسفو جلوكوميوتاز(PGM) وهابتوجلوبين(HP)لترفع نسبة النجاح إلى 99% ، وأخيرا بعد استخدام (DNA) أصبحت النسبة تمثل 100%[2].

---

[1] البصمة الوراثية، حسني عبد الدايم ص101.

[2] الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية د. أسامة رمضان العمري جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية 2005م، المحلة الكبرى مصر.

(*)قانون مندل للوراثة يتكون من قانوني الإنعزال والتوزيع، أما قانون الإنعزال فيتكون من ثلاثة أجزاء هي: 1 تحديد وحدات منفصلة تسمى الآن مورثات الخصائص الوراثية 2: توجد هذه الوحدات في أزواج 3: تنعزل مورثتا كل زوج أثناء إنقسام الخلايا الجنسية وتستقبل كل نطفة أو بييضة مورثة واحدة من كل زوج.

أما قانون التوزيع الحر: ينص على أن كل زوج من أزواج المورثات يتصرف بمعزل عن الأزواج الأخرى. أنظرالموسوعة العربية العالمية ج27ص69.

2. طريقة هوكربيد (ABO) ولايند شتين وليفين(MN):أنظر الجدول رقم:1[1]

فصيلة دم الأب والأم	فصيلة الدم المحتملةللطفل	يستحيل أن يكون
O X O	O	A - B - AB
O X A	O - A	B - AB
O X B	O – B	A - AB
O X AB	A - B	O - AB
A X A	O X A	B - AB
A X B	AB- B- A- O	لا يوجد
A X AB	A -B -AB	O
B X B	O -B	A - AB
B X AB	A- B - AB	O
B X AB	A- B -AB	O

طريقة لايند شتين وليفين(MN).[2] جدول رقم (2)

فصيلة دم الأب والأم	فصيلة دم الإبن تكون	ولا يمكن أن تكون
M X M	M	N-MN
M X N	M-N	M-N
M X MN	M-MN	N
N X N	N	M – MN
NXMN	N -MN	M
MN X MN	M- N- MN	لا يوجد

(1) البصمة الوراثية: حسني عبد الدايم، ص100.

(2) نفس المرجع: ص100.

هاتين الطريقتين المشهورتين (طريقة هوكربيد وطريقة لاند شتين وليفين)وطرق أخرى كنظام مجموعة البروتينات، ونظام المفرزات اللعابية وغيرها، أنظمة كثيرة من أنظمة التحليل العلمي تعتبر قرائن يعتمد عليها القضاء في جانب النفي لا الإثبات.

ونلاحظ في كلا الطريقتين اعتمادهما على فصائل الدم في مسألة إنكار نسبة الطفل إلى أبيه دليلا قاطعا اعتمدته المحاكم الغربية في قراراتها فقد جاء فيها:« أصبح من المقبول عالميا في الأوساط الطبية والعلمية أن نتائج اختبارات فصائل الدم في مجال نفي نسبة الطفل إلى الأب، ليست عبارة عن مجرد رأي خبير أو وجهة نظر له، بل هي تقرير واقع علمي ولما كان الأمر كذلك فلا بد من قبول هذه النتائج أمام المحاكم»[1].

أما في البلدان العربية فإنه حسب أخذها بالقرائن أو رفضها، فإن هذه الطرق يمكن أن تكون وسيلة لنفي النسب لكن لا يكون وسيلة لإثبات النسب[2].

وبتطور العلوم واكتشاف الحمض النووي سنة 1953م، ثم بعدها البصمة الوراثية على يد إليك جفريز سنة 1984م أصبحت التحاليل المخبرية دليل نفي وإثبات بنسبة 98،99%.

ومن نعمة الله تعالى أن الحمض النووي تتعدد مصادره فهو في جميع خلايا الجسم ما عدا خلايا كريات الدم الحمراء لأنها ليس لها نواة، والكمية المطلوبة عند الإختبار والتحليل تقدر بحجم رأس الإبرة، وهي كافية في إظهار النتائج[3]،لكن تختلف دلالة البصمة الوراثية على بصمة الأصابع فبصمة الأصابع تدل على أن المتهم كان موجودا في مسرح الأحداث، أما البصمة الوراثية فإنها تفيد وجود الجاني في المكان المتهم كما تفيد جميع خصائصه.[*]

---

(1) القرائن القضائية: مسعود زبدة ص71 ENAG/ EDITIONS موقم للنشر والتوزيع الجزائر 2001م.

(2) البصمة الوراثية: حسني عبد الدايم، ص 101.

(3) مقدمة في علم الوراثة: ص100 .انظر مجلة الحقوق دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، د.محمد محمد أبو زيد ص 276، مجلة الحقوق، السنة العشرون عدد01 مارس 1996م.

(*) ملاحظة: قد يكون أثر المتهم (دم ،مني، شعر)من تضليل الجناة، أما بصمة الأصبع فلا مجال للتزوير فيها.

المطلب الثاني: منزلة البصمة الوراثية في الفقه

الفرع الأول: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية

ذهب جمهور الفقهاء من العلماء المعاصرين إلى جواز اللجوء إلى هذه المكتشفات العلمية الحديثة، بعد ما عرف العلماء ترتيب عناصرها، والوقوف على أسرارها وخواصها؛ فهي من العلم الذي أباحه الله لعباده، قال عمربن محمد السبيل: « يحسن الإستفادة من هذه الإكتشافات العلمية التي هيأها الله تعالى لعباده وهداهم إليها، والإستعانة بها في تحقيق ما ترمي إليه هذه الشريعة المباركة من مقاصد على ضوء قاعدة الشرع الكبرى (في تحقيق المصالح ودرء المفاسد)[1]».

ويقول الأستاذ مسعد هلالي:« البصمة الوراثية كشف حديث فيجري عليه حكم الأصل في الأشياء الإباحة، وقد ذهب أكثر أهل العلم ـ حتى ادعى بعض الأصوليين الإجماع عليه ـ إلى أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة استصحابا لبراءة الذمة وإقامة على مبدأ سلطان الإرادة وذلك خلافا لأهل الظاهر وبعض المتكلمين[2]».

فاللجوء إلى هذا المكتشف الجديد، يأخذ حكم الجواز، ونتائجه التي تصل في بعض الأحيان إلى القطع، ما يدفعنا إلى اعتبارها في الجملة، بغض النظر عمن غالى في ذلك حتى قدمها على أدلة الشرع الثابتة بالكتاب والسنة وإجماع العلماء. والحق أنها وسيلة والوسائل لها حكم المقاصد؛ فاتصال الأنساب ودفع التهم عن الأبرياء، والإنتفاع بالعلوم مقصد شرعي.

وقد حث ديننا الحنيف على تدبر الآيات الكونية والنظر في الآفاق فإنها غير متناهية قال تعالى:﴿ سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْآفَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ﴾ [سورةفصلت: الآية 53].

والبصمة الوراثية آية من آيات الله خلقها الله وأوجدها في الجسم البشري ليتدبر الإنسان في نفسه وأن الله لم يخلقه عبثا، هذه الآيات يجب النظر فيها واعتبارها، ولا أدل على ذلك من اعتبار الصورة الفوتوغرافية للإنسان، فإنها بعملية حبس الظل، وبصمات الأصابع التي لم تعرف إلا بين

[1] البصمة الوراثية ومدى حجيتها في النسب والجناية: عمر السبيل ص40.

[2] البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها د.مسعد هلالي ص262-263 أعمال وبحوث الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكة.

سنوات1886م 1895م على يد فرانسيس جالتون(*) البريطاني وإدوارد هنري وعرفت طريقتهما طريقة جالتون/هنري، واستعملت رسميا سنة 1901م بشرطة استكلنديارد وسنة 1902م في الولايات المتحدة الأمريكية[1].

وقد أخبر القرآن عنها في قول الله تعالى ﴿أَيَحْسِبُ ٱلإِنسَٰنُ أَلَّن نَّجْمَعَ عِظَامَهُۥ ۝ بَلَىٰ قَٰدِرِينَ عَلَىٰٓ أَن نُّسَوِّيَ بَنَانَهُۥ﴾[سورة القيامة: الآية 3، 4].وهكذا المكتشفات العلمية تطورت شيئا فشيئا، وبدت معالمها واحتاج الناس إليها حتى أخذت مكانها من التشريع والتقنين.

وها هي بطاقة التعريف تحوي بيانات الشخص وصورته الشمسية وبصمة طرف البنان يحملها كل شخص، وبدونها لا يعرَف ولا يعرَّف ويبقى مجهولا لدى الجهات الرسمية إلى أن يستظهر هذه الوثيقة، وآكد من ذلك الوثائق العالمية كجواز السفر وغيرها، ومثلها البصمة الوراثية لكن هذه الأخيرة محقق الشخصية الأخير كما سميت[2]، لكنها لم تطبق بعد.

أما فيما يخص استعمالها وترتيبها ضمن الوسائل الشرعية، فإن الأصل في الأشياء الإباحة. والمحرمات قد عيَّنها الشرع بل وسماها بأسمائها وما يقع في حكمها أو وصفها.

قال تعالى﴿قُلِ اِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالِاثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ اِلْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُواْ بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ سُلْطَٰناً وَأَن تَقُولُواْ عَلَى ٱللَّهِ مَا لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [سورة الأعراف: الآية 33]فإن كل فاحشة ظاهرة للأعين أو ظاهرة بالأدلة، كما ورد النص فيه أووقع الإجماع عليها، والباطنة كل ما خفي عن الأعين؛ويقصد به الإستتار عن الخلق؛ أوخفي بالدليل،كتحريم نكاح المتعة وشراب النبيذ على أحد القولين[3].

---

[1] البصمات ماهيتها مميزاتها أهميتها: ضياء الدين حسن فرحات،ص25، منشأة المعار، الإسكندرية 2005م.

[2] البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها.سعد الدين هلالي ص260، أعمال وبحوث الدورة(16)للمجمع الفقهي بمكة.

[3] أحكام القرآن: أبو بكر ابن العربي: ج 2ص255.

(*)جالتون، السير فرانسيس (1822–1911م). عالم بريطاني وابن عم تشارلز داروين ، أصبح مشهورا بأبحاثه في علم الأرصاد الجوية، والوراثة، وعلم الإنسان. وأدت دراسته عن البصمات إلى استخدامها في التعرف على الهوية. انظر الموسوعة العربية العالمية ج8 ص131.

وعلى هذا تعين المصير إلى اعتماد البصمة الوراثية، والإستعانة بها لأنها من الأمور النافعة جالبة للمصالح، دافعة للضرر، تنظم حياة الناس في أشخاصهم وأُسَرِهم وتحميهم من انتحالات الشخصية وقضايا الإجرام، وتدفع عنهم التهم إذا استعملت في محلها وبالكيفية العلمية الصحيحة.

وهي علامة وأمارة يستعين القاضي بواسطتها النظر في الوقائع وتنزيل الأحكام وفق ذلك.

ولا يزال الفقهاء يأخذون بالقرائن والأمارات التي يظهر فيها الحق، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفقت عليها الطوائف الأربعة، وبعضها قال بها المالكية خاصة[1].

الفرع الثاني: البصمة الوراثية والفراش

إن الفراش يعتبر أقوى الأدلة لا يقاومه شيء إذا كان صحيحا لا يشوبه شيء، بشروطه الصحيحة وليس القصد من ذلك ما يقابله الفراش(الزواج) الفاسد فإنه كالصحيح في آثاره، وإنما إذا لم يخالف الحس والعقل كما لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر، أو كان الزوج صغيرا.

ومصطلح الفراش كما جاء في الحديث:"الولد للفراش " تعبير عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة في إطار شرعي (النكاح)، وهذه الحالة التي هي (الجماع) تحتاج في إثباتها إلى دليل وهو متعذر شرعا وعقلا، إلا من جهة الزوجين لبناء علاقتهما على الستر فاكتفي بمظنته، وهو قيام حالة الزوجية الممكنة[2]. فهذه العلاقة الزوجية الظاهرة دليلا لإثبات الفراش وليس لإثبات النسب، لأن النسب يكون اتفاقا بالفراش، وهذا الأخير ليس على إطلاقه فإن الشارع نصب هذا الدليل وغيره قدر ما يتاح في إظهار الحقيقة "فأدلة إثبات الفراش ليست تعبدية ولا توقيفية"[3].

فإذا حصل الفراش بمعناه الحقيقي وهو الإتصال الجنسي بين الزوجين ولم يكن هناك ما يمنعه من كلا الزوجين ومدة الحمل لحق الولد في الظاهر.

جاء في المهذب:« إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله وأمكن اجتماعها على الوطء و أتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه في الظاهر، لقوله ×: " الولد للفراش"ولأن مع وجود هذه الشروط

(1) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ج2، ص 104.

(2) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: سعد الدين مسعد هلالي،ص267.

(3) نفس المرجع: ص267.

المذكورة يمكن أن يكون الولد منه وليس ههنا ما يعارضه، ولا مايسقطه فوجب أن يلحق به[1]».

ففي عبارة الفقهاء شروطا لقبول الفراش، فإذا توفرت كاملة لم يكن ثبوت النسب إلا ظاهرا أما باطنا فلا نجزم إلا بتحقق دليل الفراش المقدم على جميع الأدلة الظنية، من البينة والإقرار والإستلحاق، فالقاعدة الأساسية هي أن لا يعلو على الفراش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب الثابت به[2].

وتقدم على البصمة الوراثية الطرق المقررة في شريعتنا لإثبات النسب أو لنفيه؛ أما الإثبات فيكون بالفراش (أي علاقة الزوجية) وبالبينة والإستلحاق، أو الإقرار بالنسب، وذلك لأن هذه الطرائق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها من الطرائق، كالبصمة الوراثية والقيافة، إلا عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة[3].

وأما النفي فلا يكون إلا بطريق واحد هو اللعان فقط، ولا تتقدمه البصمة الوراثية.

ومن هنا يظهر لنا كيف أن الفقهاء جعلوا شروطا في توفير دليل الفراش، فإن لم تتوفر وحصل التنازع في الإثبات وعدم الدليل الأقوى، كان المسير إلى جواز استعمال البصمة الوراثية حال قيام الفراش في حالات:

1- الشك في أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من وقت الدخول، (فيختلف الزوجان في تاريخ الدخول أوالبناء) فيما إذا كان الفارق كبيرا، وهذه الحالة التي يبرز فيها دور البصمة الوراثية حيث لا دليل ظاهر (دليل الفراش) إلا البصمة الوراثية[4].

2- أن يختلط الأطفال حديثو الولادة في المستشفى، أو في الحروب والكوارث، أوفي حالة أطفال الأنابيب،واشتبه الأمر فيمكن أن تستخدم البصمة لمعرفة نسب كل طفل من والده الحقيقي.

4- أن يلحق شخص طفلا لنفسه لقيطا، ثم يظهر أهله ومعهم الأدلة، أو يدعي ولد نفسه لرجل فقد إبنه منذ زمن طمعا في المال، أو بالعكس يدعي رجل أبوته لولد غني ليس له أب.

---

[1] المهذب في فقه الإمام الشافعي: ج 2 ص 120.

[2] البصمة الوراثية من منظور الفقه الاسلامي: د. علي محي الدين القرداغي ص54، بحوث الدورة(16).

[3] البصمة الوراثية، ومجالات الاستفادة منها: وهبة الزحيلي،ص22-23 أعمال وبحوث الدورة (16).

[4] انظر البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية: خليفة علي الكعبي ص218، 219.

5- في حالات نسب الوالد الناتج عن الوطء بشبهه أو من النكاح الفاسد مثل الشغار، أو المتعة أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها، ثم يكون ولد فهل ينسب ولدها إلى الزوج الثاني أو الأول، وهنا يمكن أن نحتكم إلى نتائج البصمة الوراثية.

6- لمنع اللعان[1]؛وذلك إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك مفرط فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك، فإذا ثبت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، وإذا ثبت أن الولد ليس منه فعليه باللعان[2].

الرأي الراجح :

بعد ما ذكرنا الحالات التي أجازها العلماء فيها الإحتكام إلى البصمة الوراثية وجواز العمل بها علينا أن نبين وجه ذلك من الصواب، وأنه غير معارض لدليل الفراش كما يرى البعض أن الأخذ بدليل البصمة الوراثية في الحالات المذكورة هدر للنصوص الشرعية، وإبطال للشريعة، وأنه يفضي إلى كشف المستور، وتخلخل العلاقات الأسرية، وإشاعة الفوضى في المجتمع، وأنه يحسن الإكتفاء بما سار عليه الفقهاء على اختلاف الزمان والمكان[3].

والأخذ بالبصمة في جوانب معينة حسب ما ذكرنا ذلك له مبررات ومزايا منها:

1- أن الأخذ بالبصمة الوراثية إنما هو أخذ بدليل الفراش، ومدعم له، حيث أن هذا الأخير (الفراش)معقول المعنى، غير أنه لا يتسم بطابع اليقين الذي لا يقبل الشك فإذا ما ثبت لنا اليقين وجب الأخذ به.ودليل الفراش له حكم الظن الغالب، فتعليق النسب على الفراش مظنة وجود علاقة معاشرة زوجية أنتجت الولد، وقد يكون الأمر مخالفا لهذا الظاهر؛ لأن هذه العلاقة مبنية على الستر ولا يمكن الاطلاع على ذلك، والبصمة الوراثية تدل دلالة حقيقية على حدوث المعاشرة من عدمها، وأن النتائج

---

(1) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.فريد واصل ص110بحوث الدورة(16):فتوى د.فريد واصل:أن البصمة الوراثية تأخذ حكما جعليا فتكون سببا أو شرطا أو مانعا، وتأخذ حكما تكليفيا كالوجوب والحرام والندب والكراهة، وعليه فإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب الولد من أبيه فلا يجوز له اللعان ولا يصح منه.

(2) البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية: عمر بن محمد السبيل، ص44.

(3) البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية: خليفة علي الكعبي، ص222،هذا الرأي أيده علي خليفة الكعبي حيث يرى أن لادليل للبصمة الوراثية عند وجود الفراش سواء تزوجت المرأة في العدة أو كان الوطء بشبهة أو اختلف الزوجان في تاريخ الدخول أو تجاوز الحمل مدته فيمكن للزوج أن يلاعن لاغير.

محسوسة مشاهدة لا يمكن تكذيبها، فهي قطعية، فكيف لنا أن نترك هذه النتيجة القطعية ونأخذ بالظن وبأبعد التقديرات كمرور أقصى مدة الحمل سنتين كما اعتبرته المذاهب الفقهية؟[1].

2- الأحكام القطعية أولى من الظنية، وعلى ذلك رتبت الأحكام في النسب وغيرها، فإذا وجد دليلان توجه الأخذ بأقواها وأكملها، وإنما يصار إلى العمل بالظن لتعذر اليقين.

فإن "المعتبر في الأسباب والبراءة وكل ما ترتبت عليه الأحكام العلم، ولما تعذر أو تعسر في أكثر ذلك أقيم الظن مقامه، لقربه منه ولذلك سمي باسمه"،﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُومِنَـٰتٍ﴾ [سورة الممتحنة جزء من الآية 10]، وبقي الشك على أصل الإلغاء[2].

والبصمة الوراثية بالمقارنة مع الأدلة الظنية تعتبر يقينية ثابتة، عكس ما تدل عليه تلك الأدلة الظنية على أنها خاطئة، أو مزيفة ولا يمكن التعويل عليها، لأن اليقين لا يزول بالشك[3].

3- إن البصمة الوراثية دليل حسي قطعي يقيني لا يعارض أدلة إثبات النسب ولا يبطلها إن كانت صحيحة، فيجب أن لا تعارضها لأن الشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقينُ اليقينَ، وعليه فإن أدلة الحس والعقل تدل دلالة قطعية على أن المولود إذا ولد لأقل من ستة أشهر من عقد الزواج، أو الدخول على أنه ليس من الزوج، فهل هذا إبطال للفراش؟.

فالأخذ بدليل الحساب في ثبوت صحة النسب ليس هدم دليل الفراش، وقد أخذ الفقهاء في بيان أدنى وأقصى مدة الحمل.

إن البصمة الوراثية ماهي إلا دليل حسي مثل جميع أدلة الحس والعقل التي إستند إليها الفقهاء لقبول أدلة النسب الشرعية؛ لأن الشريعة لا تفرق بين المتماثلين وعليه فإن الأخذ بالبصمة الوراثية يقوي

---

(1) مجلة الملف العدد السابع في 2004/12/30 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556. مازالت بعض المحاكم العربية تستبعد الوسائل العلمية رغم انتشارها، حيث تشترط مرور أقصى مدة الحمل عامين. عن المجلس الأعلى المغربي بست غرف والحال أن القضاء الفرنسي في نفس القضية حكم باستحالة انتساب الولد إلى أبيه بواسطة تحليل الحمض النووي.

(2) نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية: أحمد الريسوني،ص238،دار الكلمة، ط1418/1هـ1998م.

(3) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته سفيان عمر بورقعة ص 354.

جانب الأدلة الشرعية، ويدعمها ويزيدها قوة لما انطوى عليه من القرائن الحسية، وكم من أخبار الآحاد الصحيحة والحسنة يحفُّ بها من القرائن ما يوصلها إلى حد القطع واليقين[1].

4- قد يقول قائل إن هذا الدليل (دليل البصمة الوراثية) مبناه على الشك والظن، ونحن نبني الأحكام الفقهية على الدليل القطعي وهو إجراء الملاعنة الذي لا يدع مجالا للشك، لأنه دليل شرعي فنقول: إن القرآن لما أمر بالذهاب إلى اللعان لم يكن ليبرئ الأزواج أو ليتَّهِم واحدا منهما؛ وإنما ليبرئ ظهورهم من العقوبة بعد صدور القذف، فلو نكلت المرأة رجمت، ولو أقر بأنه كذب عليها أقيم عليه حد القذف ونُسِب الولد إليه، ودليل ذلك أن الذي يلاعن لا يشترط فيه أن يرى بعينيه أو يسمع بأذنيه، وعليه فإن مجرد القذف يحيله إلى الملاعنة، سواء كان صادقا أو كاذبا.

أما من حيث الشبهة (فإن في وطء الشبهة) ومع وجود الفراش الصحيح فإن الولد ينسب إلى صاحب الوطء كما أقر الفقهاء ذلك بالإجماع[2].

5- مخالفة القاعدة الشرعية التي وضعها الفقهاء "الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها ولهذا اكتفى بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش[3]؛ وفقهاء الحنفية أثبتوا النسب بمجرد العقد والأخذ بالبصمة الوراثية ما هو إلا مضادة الدليل الشرعي والقواعد الفقهية الأخرى.

إذا تبين أن الولد غير متخلق من مائه كونه ولد لدون ستة أشهر، أو الولد يساوي الأب في السن، أو يقاربه أو بينهما من السنين ما دون العشرة عند الإقرار، أو كون الزوج عنين أو خصي (منزوع البيضتين)فلا مجال لدخول النسب وينتفى عنه الولد بغير لعان وبغير اختبار البصمة.

قال ابن القيم بعد ذكره للقاعدة السابقة:" فلا يستبعد أن يكون الشَّبه الخالي عن نسب مقاوم له كافيا في ثبوته، ولا نسبة بين قوة اللحاق بالشبه، و بين ضعف اللحاق لمجرد العقد مع القطع بعدم الاجتماع في مسألة المشرقية والمغربي، ومن طلق عقيب العقد من غير مهلة ثم جاءت بولد" [4].

---

[1] نظرية التقريب والتغليب: ص79.

[2] المغني : ابن قدامة، ج7ص432.

[3] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ابن قيم الجوزية، ص225.

[4] نفس المرجع: ص225.

فاشترط في هذه القاعدة شروطا حيث اعتبر الشبه، وأن لا يقاومه شيء ليثبت به النسب، وفرْقٌ بين اللحاق القوي والضعيف، فالقوي ما قام واستند على الشَّبَه مع الفراش، والضعيف حيث تعلق بمجرد العقد أو قامت قرينة عدم الإجتماع.

وأخيرا: فإن إقدام الزوج على استعمال البصمة الوراثية في حالة وجود الفراش لا يخلوا من أمرين:

. الأول: أن النتيجة قد تأتي لصالحه ولصالح نسبه وشرفه فيكون بذلك قد اطمأن قلبه وزالت الشكوك والظنون التي كانت تقلق ضميره، وهو بذلك قد أخذ بأخف الضررين، فضرر البصمة أخف من ضرر اللعان، فيعدل عن اللعان ويكون بذلك قد جمع شمل أسرته وجنَّبها الهدم والإنفصال الذي يؤدي إلى التشرد والضياع[1].

. الأمر الثاني: أن تأتي النتيجة تثبت عدم شرعية الولد، وفي هذه الحالة يكون قد قدم ما من شأنه أن لا يكون ظالما لزوجته، وقد برر إقدامه على اللعان ببصيرة، وهو ما يقوي جانب الزوج ويؤكد حقه في اللعان.

الفرع الثالث: موقف البصمة الوراثية من اللعان

أولا: حالات جواز الإحتكام إلى البصمة

لم يجعل الشارع الحكيم لنفي النسب بابا إلا باب اللعان؛ حيث ضيق على الزوجين معا أن ينتفيا من مولودهما أو أحدهما من هذا الطريق، ومن يتجرأ على أن يحلف أربع مرات وفي الخامسة يلعن الزوج نفسه، وتحلف المرأة أيضا وفي الخامسة تدعو بغضب الله على نفسها إن هي كانت من الكاذبين.

ويبدو أن الأمر يصعب الإقدام عليه إلا عند التأكد من واقعة التهمة (تهمة الزنا)، ومع ذلك فإن الشارع أعطى للزوجة حقا ترد به التهمة بنفس دعوى زوجها، ثم إذا وقع الفصل بينهما فإن الولد الملاعن عليه يأخذ حكما آخر لا هو بالأجنبي البعيد، ولا هو بالإبن.

---

[1] ذكر الشيخ عمر السبيل رحمه الله واقعة مفادها أن أحد القضاة في محكمة الرياض الكبرى، تقدم إليه شخص يطلب اللعان من زوجته للإنتفاء من بنت ولدت على فراشه وأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى جهة مختصة بإجراء إختبارات الفحص الوراثي فجاءت نتائج الفحص الوراثي بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيا، فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته كما زال أيضا بهذا الفحص الحرج الذي أصاب الزوجة وأهلها جزاء سوء ظن الزوج فتحقق بهذا الفحص مصلحة عظمى يتشوف لها الشارع ويدعوا إليها.أنظر البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية ص45.

فقد يكون صادقا في اتهامه لزوجته بالزنا، وقد يكون الولد ابنه بأن يكون الحمل قد حدث منه قبل رؤية الزنا[1].

ولهذا السبب فإن الفقهاء جعلوا لهذا الإبن حكما خاصا، فهو إن ألحقه به جاز له ذلك ويلحق به ويحد، وإلا أخذ حكما آخر(ولد الملاعنة) له بعض الحقوق.

وذهب بعض الحنفية إلى تضييق دائرة اللعان بأن حددوا لها زمنا يكون اللعان فيه جائزا فإذا ما فات كان اللعان غير جائز[2]، وصورة ذلك أن المرأة إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت قذف الزوج لها بالزنا، فإن اللعان يكون جائزا، لأننا نكون قد تيقنا لأن الحمل قد وقع وقت القذف أما إذا جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر فإن اللعان يكون غير جائز؛ لأننا لا نكون قد تيقنا من أن الحمل كان موجودا وقت القذف، ويستلزم ذلك أن نتأكد من أن الزوج اتصل بزوجته بعد ذلك أم لا وهو أمر في غاية الصعوبة من الإثبات لأنه لا يطلع عليه أحد غيرهما.

ا كنا في زمن فسدت فيه الذمم وتهاوت فيه القيم، وأصبح الرجل لا يبالي إن أراد أن يتخلص من زوجته أن يلفق لها تهمة الزنا وهي بريئة، فلها أن تثبت براءتها مما وجّه لها من تهمة تدافع عن شرفها ونسب المولود، حتى لا يقع في مشكلات مستقبلية، فتطالب بإجراء فحص البصمة الوراثية، وإذا رفض الزوج القيام به يعد هذا دليلا ضده وليس له، ويكون من حق القاضي أن يفعله رغما عن الزوج عند بعض الفقهاء المعاصرين[3].

ومع ذلك فإن اللعان يبقى قائما يلجأ إليه الزوج ليدفع المعرة عن نفسه، كما تكون البصمة الوراثية رادعة لكلا الزوجين، ولا يلجأ إلى اللعان إلا في الضرورة القصوى، ومع ذلك فقد يحدث الزنا ويكون الحمل قد حدث من ذات الزوج، لهذا فإننا نطالب الإستعانة بالفحص المخبري لحماية الولد من الضياع فإن له حقا، فقد يكون شرعيا ونكتفي بذلك دون مفسدة اللعان.

وذهب بعض المالكية أن من صرح بأنه رآهما (زوجته وآخر) متجردين أو في لحاف يؤدب ولا يجوز له اللعان[4].

---

[1] دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب: د. محمد محمد أبو زيد.ص:268.

[2] بدائع الصنائع :ج3 ص230 ، دار الكتب العلمية.

[3] جريدة الراية القطرية: 2006/05/29.حوار مع الشيخ القرضاوي في مسألة البصمة الوراثية.

[4] الذخيرة: ج 4، ص290.

ثانيا: حالات وجوب الإحتكام إلى البصمة الوراثية

ومن القضايا التي يجب الإشارة إليها فيما ادعت المرأة الزوجية وأنكرها الرجل ولا تستطيع أن تثبت ذلك الزواج الصحيح الذي تم بأركانه وشروطه، كما في حال الزواج العرفي وغيره من عقود الزواج الشرعية(*) ففي هذه الحالة يجب تحليل الحمض النووي DNA لأمور منها:

1- خطأ إنكار الرجل إبنه إذا أثبتت التحاليل أن هذا الطفل منه.

2- هي قرينة لصدق المرأة في دعوى الزوجية، ودعوى المعاشرة وأن ما كان بينهما زواجا لأننا لو سلكنا مسلك تصديق الرجل، لوصفنا ما كان بينهما بأنه زنا، ولأضعنا الولد.

ولو أننا سلكنا مسلك تصديق المرأة؛ لافترضنا تصحيح العلاقة بينهما طبقا لقولها وحفظنا ضياع الولد وهذه الحالة تخوِّف الزناة من الزنا؛ لأنه لا يضمن أن تحمل المزني بها منه ثم تدعي الزوجية، والتي سيتحقق منها القاضي بطريق تحليل البصمة، فيكون رادعا عن الوقوع في الزنا.

ومن الصور الواجبة لإجراء التحاليل دون اللعان:

ـ إذا أقر الزوجان معا ببنوة الطفل فيأتي آخر كالولي أو الوارث فيطعن في نسب ذلك الطفل إليهما (كما في صورة التبني)، ففي هذه الحالة يجب اللجوء فيها إلى تحليل DNA قطعا للظنون والشبهات ودعوى المدَّعي.

ـ حالة وقوع الفرقة بين الزوجين وزواج المرأة برجل آخر، ثم تأتي بولد في مدة يحتمل حدوث الحمل من المطلِّق، كما يمكن حدوثه من الزوج الثاني، فإذا تمسك كل منهما بنفي نسب الولد منه فإننا نكون بصدد تنازع سلبي وإذا تمسك كل منهما بثبوت نسب الولد منه فإننا نكون بصدد تنازع إيجابي[1].

---

(1) مجلة الحقوق،السنة (20)العدد الأول، د.محمد محمد أبو زيد ص270، شوال 1416هـ مارس 1996م الصفاة 13055 الكويت.

(*)زواج المسيار هو زواج شرعي يتميز عن الزواج العادي بتنازل الزوجة فيه عن بعض حقوقها على الز مثل أن لا تطالبه بالنفقة والمبيت الليلي إن كان متزوجا ، وفي الغالب يكون زواج المسيار هو الزواج الثاني أو الثالث وهو نوع من تعدد الزوجات. تعريف للشيخ القرضاوي انظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة عمر سليمان الأشقر ص163، دار النفائس، ط2 ، 1425هـ ، 2005م.

مثال التنازع السلبي: أن يطلق الرجل زوجته بعد الدخول بها وليكن بتاريخ 1990/10/01 ثم تقر بإنقضاء عدتها في 1991/08/1 ثم تتزوج بآخر وتأتي بولد وليكن في 1991/12/10 ففي هذه الحالة تظهر النتيجة الآتية ما بين الطلاق وولادة الطفل أكثر من سنة، وأن المدة المنقضية ما بين الزواج والولادة أقل من ستة أشهر، وكلا الزوجين يدعيان نفي النسب عنهما، وهو ما يؤكده قانون الأسرة الجزائري إذا طبقنا بنوده حيث نص أن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر فلا ينسب للزوج الأول كما أنه لا ينسب للزوج الثاني لأن أقل مدة ستة أشهر وهو ما لم يتوفر فلم يثبت النسب.

ومثال التنازع الإيجابي أن يطلق رجل زوجته بعد الدخول بها ثم تقر بعد مضي 60 يوما من طلاقها بإنقضاء عدتها، ثم تتزوج بآخر وتأتي بولد بعد سبعة أشهر فيدعي الزوجان معا نسب الولد فلمن يكون النسب؟ وكل له حق فهذا يدعي أن أقصى مدة الحمل لم تمضي والزوج الثاني يدَّعي أن أقل مدة الحمل قد انقضت وأنه أحق بالولد وهكذا لم تحل المسألة في شقيها السلبي والإيجابي ويبقى كلا المدعيين يدعيان الحق وتبقى الدعوة القائمة لكل منهما.

جاء في المحلى :« إذا تزوج رجلان بجهالة امرأة في ظهر واحد، أو ابتاع أحدهما أمة من الآخر فوطئها وكان الأول قد وطئها أيضا ولم يعرف أيهما الأول، ولا تاريخ النكاحين أو الملكية، فظهر بها حمل فأتت بولد، فإن ادعياه جميعا يقرع بينهما فأيهما خرجت قرعته ألحق به الولد. وإن تدافعاه جميعا أو لم ينكراه ولا ادعياه فإنه يدعي له بالقافة.»[1].

وجاء في كشاف القناع: ((وإن أتت امرأته بولد فادعى أنه من زوج، كان قبله وكانت تزوجت بعد انقضاء العدة أو بعد أربع سنين منذ بانت من الأول لم يلحق) الولد بالأول لما سبق. (وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق) الولد به حيث عاش لعدم الإمكان (وينتفي) نسب الولد (عنهما) أي عن الأول والثاني.

وإن كان وضعها له (أكثر من ستة أشهر) منذ أمكن اجتماعه بها فهو أي الولد(ولده)، أي الثاني لأنها فراشه وأمكن كونه منه لحقه (وإن كان) وضعها للولد (لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة) عرض على القافة فإن ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير لعان،(وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول وليس للزوج نفيه)باللعان كما سبق[2]).

---

[1] المحلى: ابن حزم ج10ص148.

[2] كشاف القناع: البهوتي ج2ص439.

ثلثا . حالات عدم اللعان

بانقضاء العدة ومرور أكثر مدة الحمل لا تصدق المرأة بوجود الحمل، فلا لعان بينهما لا لذهاب الزوجية وإنما لطول المدة (مدة الحمل).

وقد وجد في هذا العصر بدائل في الكشف عن الجنين في أي فترة من فترات الحمل، فلا يسمع لادعاء المرأة إذا خلا عن أمارات حسية، ناهيك عن حقائق التحليل الطبي.

وبهذا نخرج من دائرة الخلاف الدائر حول إحلال البصمة الوراثية محل اللعان من عدم إتخاذ ذلك، مؤيدين لرأي الجمهور "أنه لا يقبل شرعا استخدام البصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريق شرعي من الطرق التي تقدم بيانها، ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح[1]، كحالة الشخص المجهول النسب إذا ادعاه إثنان فأكثر،وحال مجهول النسب إذا ادعى أنه ابن فلان من الناس وأراد الأب المقر له أو ورثته التأكد من صحة ذلك[2].

فاللعان لا يُستغني عنه بنتيجة البصمة الوراثية؛ لأن من مقاصد الشارع في تشريع اللعان سد أبواب الخوض في الأعراض والأنساب، حتى لا تتعرض للفوضى والاضطراب، فكل من أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش ليس أمامه إلا اللجوء إلى اللعان، الذي له من التأثير على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري، بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى.

وهكذا نكون قد استفدنا من هذا المكتشف الجديد، وهذه التقنية المستحدثة مسايرين لمتطلبات الواقع، ومتشبثين بآراء فقهائنا القدامى فإن سعيهم لم يكن في فراغ، فقد أجابوا عن بعض الحالات التي تقع ويمكنها أن تقع ففرضوا لها حلولا كما رأينا.

---

(1) أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي : محمد سليمان الأشقر،ص262، دار النفائس،الأردن،ط1/1426هـ 2006م.

(2) البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي: ص 53. أعمال وبحوث الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكة.

المطلب الثاني: دور البصمة الوراثية في القضاء وعلاقتها بالقرائن

الفرع الأول: دور البصمة الوراثية في القضاء

من خلال المؤتمرات والدراسات التي أجريت اتفق العلماء على أن البصمة الوراثية تعد وسيلة لا نظير لها في إثبات الهوية الشخصية، وإثبات الوالدية في النسب، وثبوت التهمة في الجريمة، وهي تحقق ما تحققه القيافة فقد جعلوها مساوية لها، وهي بالأحرى مثل القيافة وزيادة مما يجعلها دليلا

مقدم على الأدلة التقليدية في ذلك[1] وهذه الزيادة من وجوه:

1. البصمة الوراثية تعتمد العلم والحس ونتائجها دقيقة يندر جدا أن يعتريها خطأ، وبذلك ترتقي مرتبة عالية في الإثبات إذا ما قورنت بالقيافة؛فهي تعتمد التسجيل الذي لا يقبل العود والإنكار، بخلاف القيافة وغيرها تعتمد على الذمم ويقبل العود فيها والإنكار.

وجاء في قرارات وتوصيات ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة:« البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطىء في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي»، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها جمهورالفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ بالقيافة من باب أولى[2].

2 . الشارع الحكيم متشوف لإلحاق النسب؛ لأن النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط بها أفرادها قال تعالى:﴿ هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَراً فَجَعَلَهُۥ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً ﴾[سورة الفرقان، الآية 54].وقد نص الفقهاء على أن:« الوسائل تأخذ حكم المقاصد» حكمها[يعني الوسائل]حكم ما أفضت إليه[3].

---

[1] ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبيةISLAMSET.

[2] ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة: موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ملخص الحلقة النقاشية.islamset.com.

[3] قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية: د. مصطفى بن كرامة الله مخدوم، ص223 دار إشبيليا للنشر والتوزيع ط1/ 14200هـ 1999م.

ولاعتناء الشريعة بحفظ النسب وتشوفها لإثباته، تكرر فيها الأمر بحفظه عن تطرق الشك إليه والتحذير من ذرائع التهاون به، ولمراعاة هذا المقصد اعتبر الفقهاء الأحوال النادرة في إلحاق النسب لتشوف الشارع إلى إثباته، فقد جاءت عباراتهم ((قاعدة الدائر بين النادر والغالب يلحق بالغالب من جنسه وبين قاعدة إلحاق الأولاد بالأزواج إلى خمس سنين [1])).

ومن قواعد الفقهاء (من المصالح والمفاسد ما يبنى على العرفان ومنها ما يبنى على الإعتقاد في حق العوام، وأكثرها يبنى على الظن والحسبان لإعواز اليقين والعرفان[2]).

وهو أكثر وضوحا في هذه القاعدة :« لحوق النسب مبني على التغليب، وهو يثبت بمجرد الإمكان وإن لم يثبت الوطء، ولا ينتفي لإمكان النفي[3]».

قال ابن القيم: وأصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها[4].

و لا أدل على اعتبار لحوق النسب بالبصمة الوراثية من غيرها من طرق الإثبات، كالقيافة

والتسامع، والشهرة، وذلك لدقة نتائج البصمة الوراثية ونسبة الخطأ منتفية، أو شبه منتفية أما غيرها فنسبة الخطأ فيها محتمل وهو أكثر منه في غير البصمة.

3. أجازت الشريعة الاسلامية العمل بغلبة الظن في الأحكام ومنها الإثبات؛ توسعة على الناس لأجل الحاجة وتحقيق مصالح العباد، وإقامة الحق، والعدل والحفاظ على الأنفس، والأعراض يقتضي

---

[1] الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق: للإمام القرافي ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن حسين المكي ضبط وتصحيح، خليل المنصور، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط1/ 1418هـ ،1998م.

[2] الفوائد في اختصار القواعد: عبد العزيز بن عبد السلام السلمي[القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام] ص 42، تحقيق إياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط1416/1 هـ.

[3] المغني: ج 11 ص155.

[4] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص225.

قبول الأدلة الظنية في الإثبات مع مراعاة الإحتياط والحذر، وتوافر الشروط التي ترجح جانب الصدق في الدليل الظني على جانب الكذب[1].

قال ابن القيم: ((وجواز التخلف في الدليل والعلامة الظاهرة في النادر لا يخرجه عن أن يكون دليلا عند عدم معارضة ما يقاومه، ألا ترى أن الفراش دليل على النسب والولادة وأنه ابنه ويجوز بل يقع كثيرا تخلف دلالته، وتخليق الولد من غير ماء صاحب الفراش، ولا يبطل ذلك كون الفراش دليلا، وكذلك أمارات الخرص والقسمة، والتقويم وغيرها قد تتخلف عنها أحكامها ومدلولاتها ولا يمنع ذلك اعتبارها، وكذلك شهادة الشاهدين وغيرهما وأمثال ذلك كثير[2])).

أما البصمة فإن دلالتها كما قال العلماء قاطعة إلى حد بعيد، ولا مجال للشك فيها وإن شكك فيها فإن معظم الأحكام ظنية إلى حد بعيد لدليل القرآن .

قال تعالى:﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[سورة البقرة الآية233]. فقد نسب الحق عزوجل الأولاد للأمهات للقطع بوالديتهن بخلاف الآباء فقد عبر عنهم ب " المولود له " لأن المولود له قد لا يكون هو الأب الحقيقي، لكنه لما ولد على فراشه ينسب إليه إعمالا للأصل واطراحا لما سواه[3]. وأيضا فإن تطرق الخطأ واحتماله في عملية اختبار البصمة الوراثية وارد على جميع الطرق من الفراش والبينة والإقرار لولا اعتبار الشارع لها، فلا معنى لأن تكون البصمة مخصصة بوقوع أخطاء مخبريه فإن تلك الأخطاء يمكن تلافيها بالشروط والإحتياطات المتخذة في إجراء التحاليل.

وقد دلت أقوال الفقهاء أنه إذا تعارض دليلان حسي وظني فلا يقبل الدليل الظني لمعارضته للحس، فشرط قبول الدليل الظني عدم معارضته للدليل الحسي.

فادعاء النسب بالفراش الشرعي مردود إذا لم يصدقه الحس، فقد أجمع الفقهاء أن ثبوت النسب بالفراش لحديث عائشة:" الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ومع ذلك فقد أنكروا إثبات النسب بالفراش

---

[1] البصمة الوراثية وأثرها في النسب: د.بندر بن فهد السويلم مجلة العدل عدد 37، ص 125،محرم 1429هـ .

[2] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : ص231.

[3] البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية: عمر السبيل، ص 62.

الذي لا يصدقه الحس من ذلك لو أتت المرأة بولد لأقل من ستة أشهر، من يوم زواجها أو أتت به والزوج صغير غير بالغ لم ينسب إليه؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

قال ابن رشد:((واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل مدة من ستة أشهر من وقت العقد وإما من وقت الدخول[1])).

وجاء في المهذب: ((إن كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحق، لأنه لا يمكن أن يكون منه وينتفي عنه من غير لعان[2])).

ومثلها الشهادة فإنها لا تقبل عند التهمة ومعارضتها للحس.

فالتهمة التي سببها المحبة أجمع العلماء على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة، واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة، أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية، فقال بردها فقهاء الأمصار إلا أنهم اتفقوا على إعمال التهمة، وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها[3]».

ولذلك تمسك بعضهم بأن البصمة الوراثية تعتبر دليلا حسيا في إثبات النتائج المخبرية لا تقبل الرد، فيجب ألا تعارضها الأدلة الظنية الأخرى، ويمكن عدُّها شرطا لصحة الأخذ بالأدلة المعروفة كالفراش والبينة والإقرار، إذا كان الأمر يتعلق بإثبات وتحديد الهوية[4].

وحتى يتجلي الأمر لدينا في هذا العصر إذا ادعى رجل إبنا أو زوجة ببلاد بعيدة أنها زوجته، أو أن الولد ابنه، وكان ذلك مستبعدا، وليس للمدعى عليه ما يرد دعواه فلنا في إجراء التحاليل الطبية للبصمة الوراثية دليلا يؤكد أو ينفي علاقة البنوة، وبهذا تكون البصمة الوراثية دليلا حسيا ماديا قطعيا في تحديد الهوية الشخصية للإنسان تدور بين السبب والشرط والمانع.

فتكون سببا في ثبوت النسب بين المتنازعين في حالات كوطء الشبهة مثلا؛ حيث يعدُّ الشبه سببا في ثبوت النسب في هذه الحالة وأمثالها، وتكون شرطا في كل ما وضع الشارع لقبوله شرط موافقة

---

[1] داية المجتهد: ج2، ص 358.

[2] المهذب في فقه الإمام الشافعي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق ج 2ص120.

[3] المرجع السابق: ج2 ص463.

[4] البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: د.نصر فريد واصل،ص96 مجلة المجمع الفقهي، السنة 15 العدد17، 1425هـ .

الحس والعقل، كما في حالة عدم بلوغ الزوج وتكون مانعا شرعيا من قبول كل ما وضع له شرط موافقة الحس في تحديد الهوية الشخصية إذا تعارضت البصمة الوراثية معه[1].

الفرع الثاني: البصمة الوراثية والقرائن وحالات الإحتكام إليها

أولا: تعريف القرينة والقائلين بها

أ. تعريف القرينة في اللغة

القرينة جمعها قرائن، قارن الشيء يقارنه مقارنة وقِرانا: اقترن به وصاحبه، وقارنته قرانا: صاحبته. والقرينة: النفس والزوجة، لأنها تقارن زوجها، والقرين المقارن والصاحب والزوج[2]، وقرينة الكلام ما يصاحبه ويدل على المراد به. والقرين المصاحب، والشيطان المقرون بالإنسان لا يفارقه، وفي الحديث: "ما من أحد إلا وكّل به قرينه" أي مصاحبه من الملائكة والشياَطين[3].

ب. معنى القرينة اصطلاحا:

"القرينة: أمر يشير إلى المطلوب[4]،أو هي كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه[5].

والقرينة من البينات الغير مباشرة، فإن لم تتوافر إحدى هذه البينات المباشرة، فيمكن اللجوء إلى وسائل أخرى غير مباشرة يستنبطها القاضي أو ينص عليها الشارع من القرائن القوية، أو الأمارات الظاهرة، فالقرائن تقوم مقام الوسائل الأخرى إذا فقدت في الدعوى[6].

ج. القائلين باعتبار القرينة وحالة الاحتكام إليها

ذهب إلى اعتبار القرائن وجواز الحكم بها كثير من الفقهاء منهم: ابن فرحون المالكي وابن تيمية وابن القيم وغيرهم، فلم يختص لفظ البينة بالشاهدين، ومن ذلك قول النبي × « ألك بينة ؟[7]».

---

(1) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: د.نصر فريد واصل، ص96.

(2) المعجم الوسيط: ص731.

(3) لسان العرب: ج5 ص705.

(4) التعريفات: الجرجاني ص255.

(5) المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا ج2ص936

(6) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: محمد الزحيلي، ج2ص499.

(7) سنن الترمذي: كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه،ص409.

والشاهدان من البينة، بل هناك من البينات ما يساوي الشهود ويفوقهما كترجيح شهادة الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو على أثره، ولا عادة له بكشف رأسه، فبينة الحال تفوق هنا دعوة المدعي بأضعاف مضاعفة[1].

والخلاف في هذه المسألة كما يقول العلماء إصطلاحي ولا مشاحاة في الإصطلاح؛ فإن الفقهاء يطلقون لفظ البينة ويريدو ، بها الحجة في كثير من عباراتهم، ففي باب الأقضية والشهادات يعرِّفون البينة بأنها الشهود ثم يبحثون في هذا الباب وسائل كثيرة غير الشهود كاليمين والنكول، وكتاب قاض إلى قاض، ومعرفة العفاص وغيرها، أوصلها بعضهم إلى ستة عشر نوعا[2].

ومما يرجح أقوال الفقهاء ما دل عليه القرآن وأفعال النبي × وأقواله وتقريراته من ذلك:

1- قوله تعالى:﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنَ اَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ اَ۬لْكَٰذِبِينَ ۝ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ اَ۬لصَّٰدِقِينَ﴾ [سورة يوسف الآية: 25]

يفهم من هذه الآية لزوم الحكم بالقرينة الواضحة الدالة على صدق أحد الخصمين، وكذب الآخر؛ لأن ذكر الله لهذه القصة في معرض تسليم الإستدلال بتلك القرينة على براءة يوسف، يدل على أن الحكم بمثل ذلك حق وصواب[3].

2 ـ لما فتح المسلمون خيبر وكان بعضها عنوة (بالقوة) وبعضها صلحا، صالحهم النبي × على حقن دماء من في حصونهم من المقاتلة وترك الذرية لهم، ويخرجون من خيبر وأرضها بذراريهم ويخلون بين رسول الله × وبين ما كان لهم من مال وأرض وعلى الصفراء والبيضاء والكراع والحلقة وشرط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئا، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد. فغيبوا عنه مسكا فيه مال وحلي لحيي بن أخطب، فقال النبي × لعم حيي بن أخطب:« ما فعل مسك حيي الذي جاء به من بني

---

[1] الطرق الحكمية: ص33 .

[2] التلقين: القاضي عبد الوهاب البغدادي تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني، ص338 وما بعدها دار الفكر، بيروت 1421هـ 2000م.

[3] أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: ج 2 ص215.

النضير» قال: أذهبته النفقات والحروب فقال النبي ×: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك»، فدفعه × إلى الزبير بن العوام فمسه بعذاب فقال: قد رأيت حييا يطوف في خربة ههنا فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك في الخربة[1]. وجه الدلالة: أن النبي × اعتمد على شواهد الحال والأمارات الظاهرة، فقصر المدة وكثرة المال قرينة مادية على كذب وإثبات الحق الذي هو بقاء الكنز في أيدي الكفرة، وفيه جواز عقوبة أهل التهم للحصول على الإقرار، وهي سياسة شرعية من النبي× وجب اتباعها والأخذ بها في مثل هذه المسائل.

فهذا الدليل يدل على أن الحق إذا تبين بأي وجه كان الأخذ به هو المتعين، ولا شك أن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة، فالشهادة يمكن أن يتطرق إليها الكذب والوهم وكذا الإقرار يمكن أن يكون لغرض من الأغراض كما يفعل كثير من المجرمين ممن ألفوا الإجرام، ولكن الشرع الحنيف اعتبر الشهادة والإقرار من طرق إثبات الحقوق، لكونهما مبنيتان على غلبة الظن وأنهما بينة شرعية معتبرة.

3. وبيَّن في موضع آخر أن محل العمل بالقرينة ما لم تعارضها قرينة أقوى منها، فإن عارضتها قرينة أقوى منها أبطلتها، قال تعالى:﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾[سورة يوسف الآية: 18]

جاء أن أولاد يعقوب لما جعلوا يوسف في غيابات الجب، جعلوا على قميصه دم سخلة، ليكون وجود الدم على قميصه قرينة على صدقهم في دعواهم أنه أكله الذئب، ولا شك أن الدم قرينة على افتراس الذئب له، ولكن يعقوب أبطل قرينتهم هذه بقرينة أقوى منها، وهي عدم شق القميص فقال: سبحان الله متى كان الذئب حليماً كيساً يقتل يوسف ولا يشق قميصه، ولذا صرح بتكذيبهم[2].

ثانيا: القائلين بعدم الإحتكام إليها

أما القائلون بعدم الأخذ بالقرائن فيحتجون بآثار يرون أنها كافية لوجوب عدم الأخذ بها مضمونها أن المتهم قد يوجد في مسرح الجريمة وهو بريء، وليس لديه ما يبرئه والقرينة الظاهرة تدل

---

[1] الطرق الحكمية: ص34.

[2] أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: ج2، ص216. وانظر تفسير القرطبي:ج 9 ص 149.

على أنه هو الفاعل فيقِرُّ على أنه هو الفاعل[1]؛ لأنه آيس أن يجد من يصدقه، فيكون الحكم ضده ويتعين إقامة الحد، فتذهب أموال ودماء لمجرد الإحتمال، وقد يدخل الإحتمال في أقوى الحجج الشرعية(الشهادة ،الإقرار) فليس هو بحجة يمنع بها اعتبار القرائن فكما يكون هناك ضحايا في القرائن في مثل هذه الإحتمالات، فلا تخلو الأدلة الأخرى أيضا من ضحايا[2].

وخاصة في عصرنا الذي عزَّ فيه العدل من الناس، والوازع الديني الذي لو ترك له الناس وطُلب من أحدهم اليمين لحلفها، وحلف عليها ألفا أنه ما فعل ولا رأى ولا سمع ولا أخذ.

وعلى هذا يتعين المصير إلى اعتبار القرائن وإعمال الأمارات، بطريق الترجيح بينها كما ذكر الفقهاء

وإذا تأملنا نتائج البصمة الوراثية فقد اعتبرها العلماء قرينة قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى والديهم أو نفيهم عنهم، وقد أقر الفقهاء العمل بالقرائن[3].

إن تحديد ومعرفة الشخص بصورة حسية قطعية تميزه عن غيره بواسطة البصمة الوراثية عن طريق ما نجده في مسرح الحادث(دم،شعر،لعاب...)يتم نقل ذلك إلى المخابر بوسائل خاصة، ثم يجرى عليها الإختبار فإذا كانت النتائج متطابقة مع الشخص المتهم، وإلا أعيدت عملية الإختبار فإن اتفقت مع

الخبرة الأولى فهذه الخبرة تعتبر شهادة من نوع خاص تفوق شهادة الشاهدين لما يعتري هذه الأخيرة من وجود احتمال فيها ولكنها ترجح بغلبة الظن، واعتبار الشارع لها.

---

[1] وفيها: أن امرأة وقع عليها رجل في سواد العتمة وهي تعمد إلى المسجد مكرهة على نفسها فاستغاثت برجل مر عليها وفر صاحبها، ثم مر عليها ذوو عدد فاستغاثت بهم فأدركوا الرجل الذي كانت استغاثت به فأخذوه وسبقهم الآخر فجاءوا به يقودونه إليها فقال لها أنا الذي أغثتك وقد ذهب الآخر، قال فأتوا به النبي × فأخبرته أنه وقع عليها وأخبر القوم أنهم أدركوه يشتد فقال إنما كنت أعينها على صاحبها فأدركني هؤلاء فأخذوني قالت كذَب هو الذي وقع علي فقال رسول الله × انطلقوا به فارجموه فأقبل الرجل من الناس فقال لا ترجموه وارجموني فأنا الذي فعلت بها الفعل فاعترف فاجتمع الثلاثة عند رسول الله × الذي وقع عليها والذي أغاثها والمرأة فقال لها اذهبي فقد غفر الله لك وقال للذي أغاثها قولاحسنا، فقال عمر: أرجم الذي يعترف بالزنا؟ فقال رسول الله:لا إنه قد تاب إلى الله.انظر سنن النسائي ج4 ،ص 314، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن ط1/، دار الكتب العلمية،1411هـ1991م، لبنان.

[2] نظام الإثبات في الفقه الإسلامي:عوض عبد الله أبو بكر،مجلة الجامعة الإسلامية، عدد62،ج30 ص 492.

[3] البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها: وهبة مصطفى الزحيلي، ص16 الدورة (16)للمجمع الفقهي بمكة.

أما البصمة الوراثية فإن نتائجها قطعية سوى عامل الجهد البشري الذي ينقص من قيمتها(*)،لكنها وبتكرار العملية تزول هذه الشبهة وتبقى أماراتها قائمة، والعمل بها متعين إذا توفرت شروطها.

قال ابن القيم:« فإذا ظهرت أمارت العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ..... فإن مقصود الشارع إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له»[1].

ثالثا: حالة عدم جواز الإحتكام إلى القرائن (البصمة الوراثية)

هناك حالات ينكر فيها الرجل نسب طفل من زواج شرعي، للإختلاف الشديد في التشابه الخِلقي بين الطفل وأبويه؛ كأن يكون الأبوان ذوي بشرة بيضاء والطفل ذا بشرة سوداء، وهنا لا يمكن للبصمة الوراثية أن تثبت أن هذا الطفل من الزوج أم لا،[2] ولا يجوز لنا الذهاب إلى البصمة في هذا المضمار للتحقق من النسب، وهو عين ما أشار به الرسول الكريم فهو أول من تحدث عن خصائص الحمض النووي ذلك في حديث الفزاري الذي جاء إلى النبي× يريد نفي ولده لوجود اختلاف بينه في لون البشرة، قال الفزاري للرسول×: إن امرأتي وضعت ولدا أسودا وإني أنكره، فقال×: هل لك من إبل ؟ قال: نعم قال: ما لونها ؟ قال حمر.قال: هل فيها من أورق؟

قال: نعم، قال:فأنى له ذلك ؟ قال: لعله نزعة عرق.قال ×: فلعل ابنك هذا نزعة عرق[3].

---

[1] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص39 .

[2] تطبيقات تقنية البصمة الوراثية DNA في التحقيق والطب الشرعي: د.إبراهيم صادق الجندي .المقدم حسين حسن الحصيني ص 124 ط1/ الرياض 1423هـ 2002م.

[3] فتح الباري شرح صحيح البخاري: كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد ج12 ص161.

(*)الجهد البشري أو عمل الإنسان في ذلك فيه من الشبهة، فقد يستخدم المني من غير صاحبه عن طريق الإستدخال فيحدث الحمل، أو يلقى في مكان الشبهة فتكون التهمة، ولذلك لايعول عليه إلا بقرينة أخرى من شهادة أو استغاثة مع بيان حال.

ونزعة عرق هي الجينات؛ وهي ما يعرف عند علماء الأحياء بالجينات المتنحية التي تظهر في أجيال لاحقة، ولما لم يكن في ذلك الزمان وسائل يدرك بها ويفرق بها بين النزوع العرقي، أو انتفاء الولد كلية ألغي الشبه، ولم يقبل من المدعي إذا نفى ولده على أساس اللون وبه قال بعض الفقهاء.

وبعضهم أجاز أن ينتفي الزوج من ولده بناء على تغاير الألوان فيما اشترط بعضهم انضمام القرينة إليه كالتهمة بالخلوة (*).

وعملا بنص الحديث لا يجوز إجراء فحص البصمة الوراثية لمجرد التثبت من الأنساب، بل يتعين عدم المساس بالأنساب الثابتة وإلا فتحنا باب شر على الأمة بإ جراء التجارب على الإنسان، ولذلك قال الفقهاء:(لا يجوز لمن عرف نسبه بوجه من الوجوه الشرعية أن يطلب تحقيق نسبه بالنظر إلى الشبه بالقيافة) والفقهاء منعوا التوجه للقيافة إلا عند التنازع، باعتبار القيافة أضعف أدلة إثبات النسب من الفراش والبينة والإقرار، فإذا وجد دليل من هذا (النكاح أو الإستيلاد) دون معارض لم يكن هناك وجه للعمل بأضعف منه (القيافة)[1].

والتحقق والتأكد في أمر النسب المستقر ولو كان بطرق علمية قطعية "كالبصمة الوراثية" لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى التشكيك في أنساب الناس وينشر بين الأزواج والزوجات سوء الظن، والريبة بين فراد المجتمع، مع أن الواجب الحكم حسب الظاهر بطهارة أبناء المجتمع[2].

---

[1] رارات وتوصيات المجمع الفقهي في دورته السادسة عشر(16)، البند الرابع.

[2] انظر مجلة المعيار: استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب دراسة شرعية د الهادي شبيلي عدد:5/ 1424هـ2003م.

(*)وفيه أن الزوج لا يجوز له الانتفاء من ولده بمجرد الظن، وأن الولد يلحق به ولو خالف لونه لون أمه، وقال القرطبي تبعا لابن رشد" لا خلاف في أنه لا يحل نفي الولد باختلاف الألوان المتقاربة كالأدمة والسمرة، ولا في البياض والسواد إذا كان قد أقر بالوطء ولم تمض مدة الإستبراء"، وكأنه أراد في مذهبه، وإلا فالخلاف ثابت عند الشافعية بتفصيل فقالوا:" إن لم ينضم إليه قرينة زنا لم يجز النفي، فإن اتهمها فأتت بولد على لون الرجل الذي اتهمها به جاز النفي على الصحيح، وعند الحنابلة يجوز النفي مع القرينة مطلقا والخلاف إنما هو عند عدمها وهو عكس ترتيب الخلاف عند الشافعية وفيه تقديم حكم الفراش على ما يشعر به مخالفة الشبه وفيه الإحتياط للأنساب وإبقائها مع الإمكان والزجر عن تحقيق ظن السوء". انظر فتح الباري ج12، ص164.

أما المسح الشامل للأنساب فهو أشد خطرا من التثبت الفردي؛ فإنه يدخل على الأمة شرا لا يسلم منه شريف ولا دنيء؛ لما يسود الأمة من اهتزازات، وإلقاء الشكوك في النفوس، والقضاء على أواصر القرابة وروابط المجتمع.

ويطالب كثير من العلماء اتخاذ بطاقات للأزواج تسجل فيها بصماتهم، فإذا ما رزقوا بمولود ألصقت بشهادة ميلاده بصمته الوراثية المطابقة لبصمة والديه اللذين ثبتت علاقتهما الشرعية في وثيقة الزواج، والمسألة محل دراسة وبحث في المستقبل.

ويعدون هذا الإجراء مسايرة للعصر وأخذًا بالحقائق العلمية، وله نتائج اجتماعية عظيمة؛ حيث سيضيق الخناق على المنحرفين والمزورين،والأمر مازال بين الأخذ والرد بين الجواز وعدمه والرفض والإلزام[1]؛ على أن المسألة من المستجدات التي ليس فيها نص صريح، يجري فيها الإجتهاد؛ وهي أيضا كما قال بذلك العلماء من أمور السياسة الشرعية تخضع لتنظيم ولي الأمر مع مراعاة مصالح الناس، دون تضييق، أو إلحاق الضرر بالآخرين، أو تعطيل إحدى كليات الإسلام الخمس وهي كلية حفظ النسل والنسب معا.

وقد تركزت معالجة الفقهاء لهذه المستجدة على أساس حفظ الصحة من الأمراض الوراثية السارية، والأمراض العصرية الفتاكة التي تعصف بكيان الأمة فتؤدي به إلى الإنقراض والزوال، ورغم خطر حفظ النفس إلا أن الفقهاء لم يوجبوا إجراء الفحص الطبي قبل الزواج فمن باب أولى أن لا يجرى الفحص لإثبات الأنساب المعروفة.

رابعا: ضوابط إجراء تحليل البصمة الوراثية

اشترط الباحثون من الفقهاء والأطباء المختصين في البصمة البصمة الوراثية شروطا عديدة قياسا على القيافة وثبوتها بين الشهادة والخبرة فجعلوا لها ضوابط وشروط تنظم سيرها منها:

. أن يتم التحليل بإذن من الجهات المختصة (المحاكم، المستشفيات وغيرها).

---

(1) الفحص قبل الزواج في الفقه الإسلامي مصلح عبدالحي النجار مجلة جامعة الملك سعود، م17،ص 1151، 1157 العلوم التربوية والدراسات الإسلامية 1425هـ2004م.

ـ أن يتم في مختبرات خاضعة للقطاع العمومي(الحكومي) دون القطاع الخاص، وإذا اقتضى أن تجرى لدى القطاع الخاص فليكن تحت إشراف الدولة، و يشترط أن أن تكون المخابر والآلات المعدة لذلك في مستوى الشروط العالمية والعلمية لإجراء التحاليل.

ـ أن يشرف على عملية التحليل خبراء مؤهلون لذلك وبدرجات علمية وكفاءة مهنية في المستوى المطلوب، ولا يكون من بينهم من له علاقة نسب أو مصاهرة أو صداقة تربطه بأحد المدعيين، أو حكم عليه بأحكام مخلة بالشرف أو الأمانة.

. أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم سواء كانوا من الخبراء أو من المساعدين والمسؤولين دينا وخلقا، تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة شرعا بالإضافة إلى التخصص التقني والفني الدقيق.

. أن يجري التحليل في مختبرين منفصلين دون الإطلاع على نتائج بعضهما البعض، قصد توكيد النتائج والتحقق التام من حيادية مؤسسات التحليل المخبري.

ـ الحرص على توثيق كل خطوة في كل مرحلة من مراحل التحليل، بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج، وإن أمكن الإستعانة بآلات التصوير تثبت في زوايا المختبر قصد المراقبة، أو إعادة بث الشريط إن حصل شك أو تهمة.

. عمل التحاليل الخاص بالبصمة الوراثية بعدد أكبر من الطرق، وبعدد أكبر من الأحماض الآمينية ضمانا لصحة النتائج قدر الإمكان[1].

. إذا توفرت هذه الشروط وحازت على مصداقية الجهة الآمرة بذلك فإنه لا مجال للرد وإلقاء الشكوك والشُّبه، فإن هذه الطريقة شرعية أجازها الشرع، وعليه عمل القضاء قديما وحديثا.

---

[1] البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا د. نجم عبد الواحد ص249.أعمال الدورة 16 للمجمع الفقهي الاسلامي بجدة.

المبحث الثالث: منزلة البصمة من أدلة الإثبات في القانون الوضعي:

– يعتبرالدليل قرينة للإثبات سواء في القانون المدني أو الجنائي؛ وهو الباب الرئيسي في مجال الدعاوى، فبغيره لا يثبت حقا وتكون الدعوى والعدم سواء ولأهمية الدليل تقوم علاقة القضاء بالأحكام على هذا الأساس.

المطلب الأول: مفهوم الإثبات، أنواعه ووسائله

الفرع الأول: مفهوم الإثبات

أولا: تعريف الإثبات في اللغة والاصطلاح

1– تعريف الإثبات في اللغة

ثَبَتَ الشيء يَثْبُتُ ثباتًا:أثبته السقم إذا لم يفارقه ،ورجل ثَبْتٌ ،ورجل له ثَبَتٌ عند الحملة بفتحتين أي ثبات،ولا أحكم بكذا إلا بثْبتٍ: بحجة[1]، الإثبات: هو الحكم بثبوت شيء آخر[2].

2– تعريف الإثبات عند الفقهاء

تعريف بمعناه العام: هو إقامة الحجة مطلقا.

تعريف بمعناه الخاص:

هو: إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق، أو واقعة تترتب عليه آثارا شرعية[3].

ب . شرح التعريف:

ـ إقامة الحجة: تقديم الدليل إلى من يراد إقناعه بالأمر ولا يعني إنشاؤه والدليل يشمل الدليل العلمي والتاريخي، والدليل العام أمام القضاء وغيره.

---

[1] مختار صحاح: ص61.

[2] التعريفات: ص65 .

[3] وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: محمد الزحيلي، ج1،ص23.

. **أمام القضاء:**

هو قيد يفيد الإثبات القضائي الذي تترتب عليه آثاره الإلزامية بالفعل، أو الترك لأن الإثبات إنما يكون في أمر متنازع عليه يراد منه البت لأحد الجهتين[1]،ولا يكون ذلك إلا أمام القاضي[2].

- الطرق التي حددتها الشريعة: وهو يعني أن أحكام الإثبات شرعية فلا يجوز الخروج عنها والحكم بأدلة لم تحددها الشريعة الإسلامية، وقد حددت ذلك بالنصوص والإجماع والاجتهادات الفقهية السابقة، وطرق الإثبات كالشهادة والإقرار واليمين وغيرها.
- على حق أو واقعة: ومعناه محل الإثبات وهي كل مصلحة تحميها الشريعة، أو ما ثبت في الشرع للإنسان على غيره فيتوجب على المدعي إثبات الواقعة أمام القاضي ليرتب القاضي عليها حكما يناسبها، فقد تكون هذه الواقعة تصرفا قانونيا كعقد بيع، وقد تكون واقعة مادية كعمل غير مشروع ترتب عليه إلزام فاعله بالتعويض[3].
- تترتب عليها أثار شرعية وهذا هو هدف الإثبات، فينبغي أن تكون آثار تنتج عن ذلك الإثبات.

ثانيا: أنواع الإثباتات

الإثبات في معناه القانوني: تقديم الدليل أمام القضاء بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم[4]،ويضاف إليه في الجانب المدني اقتصار دور القاضي فيه إلى مجرد تقدير الأدلة التي قدمها الخصوم، وترجيح بعضها على بعض، وبالطرق التي يحددها القانون في الإثبات، وعدم الخروج عنها، وطريقة تقديمها من طرف القاضي، أو الخصوم، ويكون في المواد المدنية قاصر على الخصمين وقرابتهما بينهما في المواد الجزائية فإن الأحكام تعم المجتمع.

والأحكام مبناها على البيِّنة والدليل والبرهان، وللبينة في قبولها وإثباتها تحديدا حدده القانون والقضاء.

---

[1] وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي: عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،ص11، دار الجامعة الجديدة 2007م.

[2] الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي: العربي شحط عبد القادر أ. نبيل صقر، ص21،دار الهدى.د.ت.ط.

[3] الإثبات في المواد المدنية والتجارية: د.محمد صبري السعدي،ص6،7دار الهدى، عين مليلة،الجزائر2008م

[4] نفس المرجع: ص6.

أ. إثبات البينة

إن من يريد تنفيذ التزام بدين أو بغيره، عليه أن يسوق البينة على ما يطالب به، وعلى المدَّعى عليه أن يبرهن على سقوط هذا الالتزام وعلى براءة ذمته منها.

جاء في المادة 323 من القانون المدني: باب إثبات الالتزام «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه[1]».ويجب أن تكون بينة الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف، أو أوصاف، أو أرقام، أو أية علامات، أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها، والإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، وبشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظرف تضمن سلامتها[2].

والإثبات لا يقتصر على الحقوق المالية فحسب، ولكن يمتد إلى الحقوق غير المالية كالحقوق الناشئة عن الزواج والنسب؛ فعقود الزواج وسجل المواليد، هي وثائق رسمية يقدمها مدَّعي الحق لإثبات حق، أو إبطال تهمة، وتسمى في عرف القانون بالبينة الكتابية، وهي طريق من طرق الإثبات.

1- البينة الكتابية

وهي من أهم طرق الإثبات وأعلاها مرتبة، تقدم على البينات الأخرى، ولها قوة إثبات مطلقة.

والبينة الكتابية تعني الوثيقة الرسمية التي يكتبها الموظف المخول له ذلك، كشخصية الموثق الذي تخضع مهنته لقانون 41-88، أو ضابط الحالة المدنية التي تحكمه المادتان:(13)و(18)من قانون الحالة المدنية وغيرها، وتخضع الكتابة للإجراءات القانونية حتى تحوز على الرسمية، وهو مقتضى صلاحية الموثق الوطنية التي تخول له تحرير عقود، ووضع اتفاقات بكامل أقاليم البلد، أما المحضر القضائي فليس له إلا صلاحيات محدودة إقليميا حسب ما دل عليه القانون.

عرَّف القانون المدني الورقة الرسمية في المادة(324)(القانون رقم 14.88 المؤرخ في3 مايو 1988) «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه»[3].

وللوثيقة الرسمية المستخرجة لدى الموثقين وغيرهم ممن عين لهم القانون حق التصرف والتوثيق، ضمانات

---

[1] القانون المدني مذيل باجتهاد القضاء المدني: عبيدي الشافعي ص77،دار الهدى عين مليلة، 2009م.

[2] نفس المرجع :ص78 (قانون رقم 10.05 مؤرخ في 20يونيو2005م).

[3] نفس المرجع ص78 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2009م.

كاملة تسري عليها الرسمية وكل ما سجل فيها، شرط مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير الورقة كما بينته المادة (324) مكرر(2)، وكل مخالفة لهذه الشروط يعتبر العقد غير رسمي، وكذا إذا تبين أن في العقد تزويرا[1].

2 . البينة العرفية

هي المحررات أو الأوراق العرفية التي ت من ذوي الشأن، ويثبت بها واقعة قانونية وموقَّعة من شخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه، أو ختمه، أو بصمة إصبعه[2].

وتكون بين متعاقدين ليس فيها شخصية أخرى؛ فإذا تطابقت مع واقع القضية فهي ملزمة للطرفين إذا تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضا حسب المادة(55)من القانون المدني[3]، ذا تبين أنها تنسب إليه بالخط الذي كتبت به، وإمضاءه ولم ينكر شيئا من ذلك.

وهناك العقد القانوني من جانب واحد نصت عليه المادة (56) من القانون المدني حيث جاء فيه: «يكون العقد ملزما لشخص أو لعدة أشخاص إذا تعاقد به شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين، دون التزام من هؤلاء الآخرين»، وهو عقد يحتج به، إلا إذا أنكر المدعى عليه الإمضاء فيقوم القاضي بتعيين خبير ليتحقق ويتأكد من صحة الإمضاء، والتحقيق في الخطوط[4].

ويجدر بنا أن نبين أن العقد العرفي يشتهر استعماله في الزواج؛ حيث الزواج العرفي ولكن تختلف إجراءات تثبيت عقد الزواج عن غيره من العقود.

الفرع الثالث: وسائل الإثبات

أولا: الشهادة

تناول التقنين الجزائري في المواد (333)إلى المادة(336)من القانون المدني(قانون رقم 10.05 مؤرخ في 20يونيو 2005م) الإثبات بالشهود، وكان قبل التعديل (الإثبات بالبينة)وهو تعبير حسن لأن البينة لفظ عام أما لفظ الشهادة فهو المراد وهو اللفظ الخاص.

وشهادة الشهود هي إدلاء طرف خارج عن النزاع عن وقائع وقعت تحت سمعه وبصره مباشرة فيقوم الشخص أمام القاضي يدلي ما وقع من الغير، وهي عملية تندرج تحت إجراءات التحقيق من استدعاء

---

[1] قرار رقم 234567 بتاريخ 2000/02/23م المجلة القضائية: عدد:1 ص92. 2000م.

[2] الإثبات في المواد المدنية والتجارية: د.محمد صبري السعدي، ص66.

[3] نص المادة(55) من القانون المدني: يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضا.

[4] قرار رقم 33054 بتاريخ 1985/02/06 المجلة القضائية لسنة 1992م، عدد4، ص16.

الشهود وتقصِّي الحقائق، وفحص الشهادة للمناقشة إن كانت قابلة للإثبات حسب ما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية من المادة(150)[1].

وتسمع الشهادة من الشهود إلا أن يطعن في عدالتهم لحكم جزائي صادر في حقهم، أو كون الشاهد غير مميز، أو كان الشاهد أحد الأقرباء، حسب ما جاء في المادة(153) من قانون الإجراءات المدنية:«لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة، أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، ولا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا، ولا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات، وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص كالطلاق، كما يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الإستدلال، وتقبل شهادة باقي الأشخاص ما عدا ناقصي الأهلية[2]».

وحددت المادة(333) (قانون رقم 10.05 مؤرخ في 20يونيو 2005م) الشهادة الكتابية في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يجاوز مبلغ 000 100دج، أوكان غير محدد القيمة». ويستثنى من ذلك فيما إذا حال مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو ضياع السند لسبب أجنبي خارج عن إرادته، ويجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة[3].

---

[1] المادة 150 تنص على أنه« "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود والتي يكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية "» ، قانون رقم 09.08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 2008/02/25م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد21، ص15، 2008/04/23م.

[2] الخبرة القضائية محمود توفيق اسكندر ص 48، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.

[3] قرار: 1982/05/19م المجلة القضائية ع1، ص29، 1989م والقضية في نزاع قام بين الزوجة والزوج حول المصوغ الذي عجزت على إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها لفاتورات بعض دون تشكيل دليل كامل لملكيته له.فيجوز حسْمُه بوسيلة أخرى كاليمين المتممة مادامت الفاتورات تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة(اليمين).

ثانيا: القرائن

نصت عليها المواد (337)إلى المادة(340) من القانون المدني، حيث جاء في المادة(337):«القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك[1]».

والقرائن هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعه معلومة لمعرفة واقعة مجهولة[2].

وهي أدلة غير مباشرة؛ لأن الإثبات لا يقع على الواقعة مصدر الحق، بل على واقعة أخرى فإذا ثبتت هذه أمكن إثبات الواقعة مصدر الحق، ومثال ذلك وجود سند الدَّين في يد المدين قرينة على الوفاء فالواقعة المعلومة وجود سند الدين في يد المدين، استدل القاضي منها على حصول الوفاء[3].

وهي على قسمين: القرينة القضائية، والقرينة القانونية.

أ . القرينة القضائية:

وهي ما يترك لتقدير القاضي في استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة؛ فالقرائن القضائية هي التي يستنبطها القاضي من النظر في ملابسات الدعوة وظروفها، ومن كلام الشهود وتمحيص الوقائع وإثباتها، وهي تتكون من عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي:

1- واقعة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وتسمى بالدلائل والأمارات(وهو عنصر مادي).

2- عملية الاستنباط يقوم بها القاضي ليصل من الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها(عنصر معنوي).

ب . القرائن القانونية:

وهي قرائن يقوم المشرع نفسه باستخلاصها تأسيسا على فكرة الاحتمال والترجيح؛ أي على فكرة الراجع الغالب الوقوع، فالمشرع يستنبط من واقعة معلومة دلالة على أمر مجهول[4]، فينصِّصُ عليها في شكل قاعدة عامة ومجردة.

---

[1] القانون المدني مذيل باجتهاد القضاء المدني عبيدي الشافعي ص 85، وهي موافقة للقانون المدني المصري انظر عبد المنعم فرج الصدة الإثبات في المواد المدنية ص 283 مطبعة مصطفى الحلبي، 1955م.

[2] الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري: ج2، ص 328.

[3] نفس المرجع: ج2، ص 328.

[4] القانون المدني: ص 75 ديوان المطبوعات الجامعية وهو ما يقابل المادة 103 من القانون المدني المصري.

والقرينة القانونية التي استنبطها فقهاء القانون من النظر في الحوادث والمعاملات، وجعلوها أدلة على أمور أخرى حتى أصبحت أسسا تبني عليها الأحكام، فبناها المشرع في القوانين وهي ما تقابل القرائن الفقهية[1].

والأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم هم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا[2].

ونصت المادة (340 ق م)على أنه:«يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز لإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة».

إن قاضي الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى المقدمة فيها.

ثالثا: الاعتراف

الاعتراف يقع ضمن الإثباتات القضائية، فحيث يعترف الشخص أن واقعة وقعت فعلا وانجرَّ عنها نتيجة قانونية، ويكون المقِرُّ يتمتع بالأهلية القانونية فثمَّ تقع آثار الاعتراف، وقد نظم قانون الإجراءات المدنية هذه الأحكام في المادتين: (33)و(34)[3].

وفي المادة (341)جاء فيها "الإقرار: عتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة، وفي المادة 342 "الإقرار حجة على المقر[4].

ويستلزم من الإقرار أن يكون صادرا من خصم في الدعوى، أو نائبا عنه ويجب أن يكون أمام المحكمة. أما إذا صدر أمام جهة ليس لها سلطان الحكم في المنازعات فلا يعتبر إقرارا قضائيا، ويكون متعلقا بالواقعة التي تجري فيها الدعوى، فلا يؤخذ في دعوى أخرى باعتباره إقرارا قضائيا في هذه الدعوى[5].

---

(1) حجية القرائن في الشريعة الإسلامية:عدنان عزايزة ص23 دار عمار للنشر، ط/1،عمان 1990م.

(2) من المقرر قانونا أن الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوفر ثلاثة شروط:وحدة الأطراف، وحدة الموضوع، وحدة السبب،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. قرار:1988/11/09م .(م ق) ع4ص11،1993م

(3) الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري د. محمد زهدور، ص22

(4) القانون المدني مذيلا باجتهاد القضاء المدني عبيدي الشافعي، ص87، دار الهدى، عين مليلة 2009م.

(5) الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات محمد صبري السعدي، ص246،247.

ويجب أن تتوفر في المقر الأهلية الكاملة للتصرف في الحق المقر به حتى يكون خاليا من العيوب ليكون حجة عليه[1].

ذه الكيفية نكون بصدد إقرار قضائي له حجة على المقر غير قابل للتجزئة؛ أي أن يؤخذ كله أو يترك كله، أي ليس للمقر له أن يأخذ ما هو في صالحه ويترك ما ليس في صالحه.

ونصت المادة (342 ق م) في الفقرة الثانية:"ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى[2]. إلا إذا أثبت الدائن مثلا عدم حصول الوفاء. فإذا كان كذلك أمكن قبول الإقرار للتجزئة وكذلك وجود واقعة من الوقائع لا يستلزم حتما وجود وقائع أخرى.

رابعا: اليمين

تعرض القانون المدني في المادة (343) إلى أنه:"يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك"[3].

واليمين من طرق القضاء غير عادي يلجأ إليه لحسم النزاع إذا لم يكن هناك دليل آخر للإثبات وانسدت الطرق الأخرى، ومن وجِّهت إليه له أن يردها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين[4].

وقد سوى القانون بين المتخاصمين في ذلك من حيث احتكام كل منها إلى ذمة الآخر فأجاز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه. وحددت المادة(344) طبيعة هذه اليمين وفيها: «لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام. ويجب أن تكون متعلقة بشخص وجهت له الدعوى، كانت غير شخصية له، قامت اليمين على مجرد علمه بها، ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أي

---

(1) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص 204 د أنور سلطان دار الجامعة الجديدة للنشر 2005م.

(2) القانون المدني للجمهورية الجزائرية ص55 ، 2007م.

(3) ويعني تعسف المدعي، فقد يرى القاضي أن الدعوى خالية من الدليل أو أنها غير محتملة الصدق وأن ظاهر الحال يكذب المدعي ومع ذلك يستغل المدعي تقوى خصمه وورعه وتحرجه من الحلف فيوجه عليه اليمين، في مثل هذه الحالة يعتبر المدعي متعسفا ويكون للقاضي أن يمنع توجيه اليمين- أنظر قواعد الإثبات ص: 308، د توفيق حسن فرج، منشورات الحلبي).

(4) المحكمة العليا قرار بتاريخ 1990/03/21 م. ق ،عدد 1991،01،ص29 القانون المدني مذيلا باجتهاد القضاء المدني ،ص88، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر2009م.

حالة قامت عليها الدعوى[1]». ومعنى مخالفة للنظام العام، مثل أن يحلف على قمار أو على حق سبق أن صدر فيه حكم (فصل فيه)،أو تصرف يشترط فيه القانون شكلا خاصا.

وكذا بالنسبة لمن وجهت له الدعوى فلا بد أن تكون متعلقة بشخصه، لأنه هو وحده القادر على نفي أو إثبات الواقعة المدعاة (المدعى بها) فإن لم تكن متعلقة بشخصه جاز توجيه اليمين إليه على مجرد مه أو عدم علمه بها، كأن يحلف الوارث مثلا أنه لا يعلم أن مورثه كان مدينا، وهذه هي يمين العلم (Serment de crédébilité) وهي يمين حاسمة كذلك، لأن علم أو عدم علم الوارث أمر يتعلق بشخصه[2].

وقبل أن يقسم (اليمين) يقول فيها أن لا يقول إلا الحق، ذا أقسم لا يجوز للخصم أن يقول أنها يمين فاسقة أي كاذبة، لأنها تنبني عليها أحكام في موضوع الدعوى ويشترط أن في توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل[3].

فإذا كانت يمين متممة (وهي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين فإنه لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على صاحبه، وهذا بنص المادة (349) من القانون المدني[4].

خامسا:الخبرة المدنية: l'expertise civile

هي وسيلة للتحري وتقصي الحقائق يقوم بها الخبير الذي تستعين بهم المحاكم في المسائل والنوازل التي ترفع إليها، و أى القضاة أنهم في حاجة إلى مشاركة أهل الاختصاص، فيستدعى الخبير لإجراء الخبرة في ميدانه الذي يختص به، ويكتب تقرير عمله من أبحاث، أو حسابات، أو اختبارات مخبرية لترفع إلى المحكمة، وتسمى تلك العمليات بالخبرة القضائية، وتكون في جميع أنواع القضاء المدني، أو الجنائي، أو التجاري، أو الإداري.

---

(1) القانون المدني مذيل باجتهاد القضاء المدني ص:88 .

(2) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص 228 د أنور سلطان.

(3) الخبرة القضائية ،محمود توفيق اسكندر، ص 51 ،دار هومة، 2002م.

(4) نص المادة 349 من القانون المدني: "لايجوزللخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه ".

وللمحكمة جدول بأسماء الخبراء المعتمدين لديها يؤدون القسم أمام مجلس القضاء قبل أن يزاولوا مهامهم[1].

وقد نظم قانون الإجراءات المدنية في مواده:(125 إلى 145)من قانون الإجراءات المدنية عمل الخبير ونطاق مهمته[2].

الفرع الرابع: أثر الخبرة على الأحكام

إن الخبرة عمل فني يقوم به الخبراء المختصون في ميادينهم، كالطب والهندسة، وقسمة الميراث وغيرها... ينوِّر الخبير بمعرفته القضاء بتعبير واضح دقيق يمكّن للقاضي تقدير الأمور فيبني حكمه على التقرير الفني للخبير؛ وهي لا تلزم القاضي رغم وصفها القانوني والرسمي وقيامها على الأدلة كإدراج الصور الفوتوغرافية والخرائط، ووصف الأماكن؛ونصت المادة(141 ق إ م) «إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية[3]».

فإذا رفض الخبير القيام بعمله أو حصل مانع له استبدل بغيره بناء على ما نصت عليه المادة (132) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تؤثر الخبرة على قرارات القضاة غير أنها لا تفرض عليهم شيئا أبدا، فللقاضي سلطة تقديرية مطلقة، له أن يصادق على تقارير الخبراء كليا أو جزئيا، وله الحكم دون خبرة جديدة، وهو أن يحكموا بعكس آراء الخبراء كما يستطيع إلغاء الخبرات كليا أو جزئيا لعيب شكلي فيها، أو لانحيازها، وله أن يأمر بخبرة جديدة كلما رأى ذلك مفيدا[4].

وعلى القاضي أن يذكر سبب حكمه والعناصر التي اعتمد عليها، إذا لم يأخذ برأي الخبير.

وليس عليه أن يذكر عبارة خاصة في اعتماده على الخبرة.

---

[1] المرسوم التنفيذي المؤرخ في 1995/10/10 بالجريدة الرسمية رقم 60 بتاريخ 1995/10/15 شروط تسجيل الخبراء.

[2] الجريدة الرسمية ع15 2008/04/23م قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 09.08.

[3] المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص 14 الجريدة الرسمية ع15 2008/04/23م.

[4] الخبرة القضائية ص 83 محمود توفيق اسكندر دار هومة الجزائر 2002م.

الصور التي يفرض القانون الخبرة فيها:

إن الخبرة كأداة للتحقيق والتحري يلجأ إليها كلما كانت الدلائل غير كافية، وكانت البينات مفقودة، فللقضاة أن يلجأوا إلى إشراك ذوي الاختصاص من الخبراء بطلبهم، أو بطلب من الخصوم للإدلاء بخبراتهم، فإذا رأى القضاة بأن الأدلة كافية في الموضوع استغني عن عمل الخبير.

وفي كثير من الحالات يتوجب على القاضي الأخذ بالخبرة، في الحالات المنصوص عليها كالتنازع حول حقوق الإرتفاق(المرافق الضرورية) كحق المرور، واشتراك الملاك في جدار،أو طريق،أو ماء ففي هذه الحالات فإن للمحكمة أن تعين إجباريا خبيرا؛ لأن في الأمر ضرورة لتعيينه، والأوامر هذه منصوص عليها فقد جاء في المادة(693)من القانون المدني:«يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام،أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك[1]».

ونصت المادة (101ق أ) من قانون الأسرة:«من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».وفي المادة(103)«يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر». ففي هذه الصورة المنصوص عليها يعين قاضي الأحوال الشخصية إجباريا خبيرا أو اثنين من الأطباء ويعتمد على شهادة الشهود لخطورة القرار الذي يتعين اتخاذه[2].

ونصت المادة(40)« يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32،33 و34)من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب». في هذه المادة نص المقنن بجواز إجراء الخبرة؛ وعدم فرضها وإجبارها راجع إلى أحوال النسب وما يميزه من أحكام شرعية دقيقة لا يجب أن يتخطاها أيا كان، مهما كانت الدوافع والأسباب، إلا تحت أصل شرعي، وضمن قواعد منضبطة لا ترجع على أصلها بالإبطال.

فلو أجزنا الخبرات مطلقا في إثبات النسب، لرجع ذلك بنقض كلية حفظ النسب من قواعده، وأصبح لا فرق بين النكاح والسفاح، ولا فرق بين ابن شرعي وغير شرعي، ومَحْرم الرجل وغيرالمحْرم، ولا يفرق الولد بين والده وكافله، فلا بد من إجراء يكون أقرب إلى العدل.

---

(1) المحكمة العليا قرار بتاريخ 1999/03/17م ، المجلة القضائية عدد01 ص 105، 1999م.

(2) الخبرة القضائية: محمود توفيق اسكندر ص60.

المطلب الثاني: البصمة الوراثية في الفقه الجنائي والمدني الجزائري:

أدى اكتشاف البصمة الوراثية إلى فتح مجال واسع من الإثباتات في مجال الجريمة والنسب وأثبتت نجاعتها وفعاليتها كدليل مادي يعتمد الحس، ويبين مدى التشابه أو عدمه بين شخصين وأثرين،لكن يبقى أمر الإثبات المطلق يثير إشكالات من جهة الأدلة التقليدية والمستحدثة من جهة أخرى.

الفرع الأول : شرعية إختبار وسائل الاثبات الجنائي

أولا: موقف الفقه الجنائي من الوسائل العلمية في الإثباتات

تأثر قانون الأحوال الشخصية بانتشار الوسائل الطبية الحديثة من عدة جوانب مما يصعب الفصل بين فروعه فكل فرع له خصوصيته فالتلقيح الصناعي، والرتق العذري، والرضاع المستحدث، والنسب الأسري بما في ذلك البنوة، وإثبات جريمة الزنا، والإغتصاب، وإثبات الحمل وغيرها ...

غير أننا نميز بين أمرين متباينين هما:

– الأثر المادي البيولوجي الذي يعثر عليه في مسرح الأحداث من خصلات للشعر أو بقع دموية، أو منوية أو لعابية، هذه الآثار تقدم معلومات تتعلق بالتركيبة الخلقِيّة والصفات المحددة للجاني، وأنه يجدر بالقاضي أن يبني أحكامه على الدليل المادي.

– الاستعانة بذوي الخبرات في مجال الدليل الفني، مما يستدعي رأي الخبير في مجال اختصاصه من التوضيحات التي يقدمها في إ طار خبرته؛ كالطبيب في تحليل سبب الوفاة والمخبري في اختبار الآثار كتحليل الحمض النووي، والبصمات بأنواعها والخطوط وغيرها، لكن هذه الطرق الحديثة تلاقي حالات يكون العمل بمقتضاها مصادما لنصوص قانونية أخرى كما سنبين ذلك.

1– في المواد الجزائية :

نص قانون الصحة في المادة:(162) من القانون رقم 05/85 المؤرخ في:1985/02/16م. المتضمن حماية الصحة وترقيتها وعدل تعديلات أهمها التعديل الذي جاء بمقتضى القانون رقم: 17/90 المؤرخ في 1990/07/13م الذي نص على أنه:« لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تتعرض حياة المتبرع إلى الخطر ويشترط الموافقة الكتابية من المتبرع بإحدى أعضائه

وتحرير هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة[1].

ونصت المادة: (163) يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز كما يمنع إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع في المستقبل[2].

كما نجد أن القانون الجزائري قد وافق القوانين التي تجيز أخذ عينات الدم وباقي العينات الأخرى وإعتبارها كدليل إثبات في المسائل الجنائية طبقا لمبدأ حرية الإثبات في القانون الجزائي وسلطان الإقتناع الشخصي للقاضي، فقد أجاز التقنين الجزائري إخضاع سائقي السيارات للفحص الطبي، وتحليل الدم للتأكد من وجود نسبة الكحول في الدم أو خلوه منه، جاء ذلك في القانون الذي صدر في 9 يوليو 1970م في المادة (1)[3].

وفي نطاق الخبرة إعتبر في القانون الجزائري أن الأخذ بدليل البصمة الوراثية يدخل ضمن الوسائل الفنية التي يستعين بها القاضي وذلك في المواد (143) إلى (156) و (219) من قانون الإجراءات الجزائية.

كما نجد أن القانون الجزائري خصص قسما للبيولوجيا الشرعية فتم تدشين مخبرا للتحليل المادة الوراثية(DNA) بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22م وهذا الإنجاز يعد خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي لمسايرة تطور الدول الغربية السباقة في هذا المجال.

كما نجد أن القانون الجزائري جعل مهمة جلب عينات للمخبر من الدم، البول، اللعاب أو الشعر...الخ من أجل تحليلها مخولة لمصالح الشرطة والدرك، التي تقوم عن طريق مختصين في مسرح الجريمة Les Techniciens de la scène du crime.

غير أنه توجد مسائل قانونية تعترض هذه الطريقة (طريقة فحص البصمة الجينية) منها:

---

[1] المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري د.رايس محمد ص78، دار هومة، الجزائر2007م.

[2] نفس المرجع: ص 78.

[3] الحماية الجنائية في سلامة الجسم، ص 359 نصر الدين ماروك المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية الصادرة عن اليونسكو عام 1992 ص 48 .

أ- السلامة الجسدية: l'Integrité du Corps Humain

تحمي الدساتير والقوانين المساس بالجسم البشري، وتعتبر عنصر الرضا عنصرا أساسيا في جميع لحالات التي يتدخل فيها الإنسان والتي يعد الإنسان محلا لها[1].

حيث نصت المادة 35 من دستور 1996م«يعاقب القانون المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى ما يمس سلامة الإنسان».

فيبقى الحق في السلامة الجسدية حقا مطلقا، يحميه قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية، عن طريق القضاء الجزائي، الذي وحده يقرر ما إذا كان ينبغي إكراه الشخص على أخذ عتاد من جسمه، وهو الذي يذكر الحدود والمواضيع الحساسة التي لا يجوز المساس بها، وهي حدود السلامة الجسمية وحرمة الحياة الخاصة[2].

ففي إطار الدعوى الجنائية، لا يعتبر الرضا شرطا أساسيا لدراسة الخصائص الجينية للأشخاص ويبرر هذا الفعل بالاعتماد على الهدف الدستوري المتمثل في البحث عن مرتكبي الجرائم.[3]

أما قاعدة عدم جواز إجبار المتهم أن يقدم دليلا ضد نفسه، فإن لهذه القاعدة استثناءات في حالة القبض على المتهم، وضرورة أخذ عينة من جسمه وهو إجراء ضروري في بعض الجرائم من أجل مقارنتها بما يماثلها مما عثر عليه من دم أو مخلفات آدمية على مسرح الجريمة، وإذا كان هذا الإجراء يعتبر اعتداء على حق المتهم في سلامته الجسدية، إلا أن مثل هذه الإجراءات لا يمكن مقارنتها بالضرر الذي سببه الجاني بارتكابه الجريمة، ولذلك يسمح القانون بإخضاع المتهم لأعمال تمس سلامته الجسدية تحقيقا للأمن والعدالة[4].

---

[1] المسؤولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجنس البشري: أحمدحسام طه تمام، ص322 الهيئة المصرية العامة للكتاب 2006م، مصر.

[2] يرى بعض فقهاء القانون أن إخضاع المتهم للكشف عن مادة الحمض النووي وغيرها من بقايا جسمه هو من التفتيش الجسدي للمتهم إذا كان من شأنه جمع الأدلة على وقوع الجريمة أو التوصل إلى مرتكبيها.انظر: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية:أ. محمد أحمد غانم، دار الجامعة الجديدة 2008م

[3] المرجغ السابق ص 324.

[4] القضاء وتقنية الحامض النووي (البصمة الوراثية) محسن العبودي ص32،جامعة نايف للعلوم الأمنية 1428/11/2،4هـ 12 /14 /2007/11م.

ويبقى الأمر عدم المساس بسلامة الإنسان الجسدية في الدعوى المدنية، إلا برضاه.

ب- حرمة الحياة الخاصة: Le Respect de la Vie privée

نصت المادة (34) من الدستور:« تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة ».

وجاء في المادة (45) من الدستور لسنة 1996م «كل شخص متهم يعتبر بريء حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته ».

وفي المادة (127) من قانون العقوبات:« يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من خمس الى عشر سنوات، إذا أمر بعمل تحكمي أو ماسٍّ بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر».

وأمام هذا الفراغ التشريعي فإنه لا يمكن القيام باجراء التحليل الجيني في الجزائر، نظرا لغياب النصوص القانونية التي تكفل وتؤطر هذه العملية.

ثانيا: موقف الفقه في المواد المدنية

نظرا لحداثة تقنية تحليل الحامض النووي (DNA)، ولغياب نصوص قانونية تنظم هذه المسألة فإن الأمور مازالت في بداياتها، ومهما بلغت العلوم من الدقة والوصف فإن التحقق من الشخصية لا يزال تحفُّه الظنون، وتكتنفه الأخطاء عن قصد أو غير قصد، من جميع الأطراف المشاركة في العملية على مستوى التحقيق القضائي، أو التحليل المخبري إلى آخر مرحلة عند إصدار الحكم.

وليست القضية كما يظن البعض أن تعرض المسائل على التحاليل المخبرية ثم بعدها يعثر على الحكم الصحيح الصريح.

إن مسألة إثبات النسب يحكمه قانون خاص هو قانون الأسرة له قواعده الخاصة في الإثبات، فمشروعية تلاقي الزوجين في إطار الزواج الصحيح، أو الفاسد، أو الشبهة، فإذا حدث أمر فمرده للتحليل الطبي ودور الخبير ليدلي بحجته ورأيه فيما يطرح بين يديه؛ للتأكد من قدرة كلا الزوجين على الإنجاب وكذا سن الولد ومن حسن تصرف المقنن أن جعل أمر التحليل الطبي يندرج ضمن حكم الجواز لا على سبيل الإلزام، وفي آخر مرتبة من مراتب إثبات النسب.

وفي هذا المجال فإننا أمام أمور بين القضاء بالطرق الشرعية واستبعاد البصمة الوراثية، أو تغليب جانب القضاء بالطرق العلمية، وهو أمر لا يستقيم لأنه مناهض ومناقض للشريعة والأمر الثالث القضاء بين

الأخذ بالطرق الشرعية والعلمية وعدم تقديم الطرق العلمية على الشرعية مع إحلال البصمة الوراثية محل لقيافة وهذا ما اتفق عليه الفقهاء في المجمع الفقهي الإسلامي بمكة[1].

ومهما يكن فإنه لا مجال لتقديم الطرق العلمية على الطريقة الشرعية في إثبات النسب؛ لأن هذه الأخيرة أقوى في تقدير الشرع، فإن وُجدت هذه الطرق كلها أو بعضها؛ فإنها تقدّم على البصمة الوراثية، أما إذا حدث تعارض أو تنازع عند تساوي الأدلة، فإنه يُحتكم إلى البصمة الوراثية[2].

الفرع الثاني:حجية البصمة الوراثية في مجال النسب

من المعلوم أن كل إنسان يتميز بخصائص لا يشاركه فيها أحد ومن هذه البصمة الوراثية لا تكاد تخطىء في نسب الإنسان وخصائصه الذاتية إذا لا تتكرر البصمة لدى شخصين إلا بنسبة مرة واحدة في 86 بليون حالة، وهذا مستبعد جدا؛ فسكان الكرة الأرضية لا يجاوزون الست مليار نسمة إلا قليلا ويبقى وجود الشبه يحتاج لآلاف السنين حتى نحصل على الشبه.

وإذا ما استثنينا الخطأ الطبي أو تلوث الكمية المراد تحليلها أو قلة الكمية وعدم كفايتها لإجراء التحاليل فإن النتائج المحصل عليها ستكون بنسبة 99.98% ، لأن الشبه بين الناس غير وارد في مجال البصمة الوراثية دون غيرها من الطرق العلمية الأخرى، فهي تعتبر وسيلة نفي وإثبات معا.

وبالرجوع إلى المادة (40) المعدلة من قانون الأسرة التي يجيز فيها التقنين الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية، تبين أنها غير البينة التي يثبت بها النسب وهي شهادة الشهود، فقد نصت عليها نفس المادة في فقراتها الأولى «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و34 من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

أولا: سلطات القاضي في تقدير إثبات النسب.

الزواج العرفي الذي يتم بين زوجين لا يترتب عليه أي أثر لافتقاره إلى التسجيل لدى مصالح الحالة المدنية، ويبقى مجرد واقعة مادية في نظر القانون؛ وحتى يستوفي الشروط الملائمة ويحوز الرسمية فلا بد من تسجيله طبقا لنص المادة (22)المعدلة لقانون الأسرة بالأمر (02.05)«يثبت الزواج بمستخرج من

[1] البند الثالث من القرار السابع من قرارات وتوصيات الدورة (16) للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة.

[2] البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: د.نصر فريد واصل، ص78.

سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة»

ويختلف الحكم في الدعاوى باختلاف الأطراف المدعى فيها والوقائع القانونية التي يجب أن تراعى في إثبات الزواج، أو تصحيحه وإثبات نسب الأولاد إذا كان ثمة أولاد، ويمكن أن نصنف تلك الدعاوى إلى ثلاثة أصناف

- دعوى يرفعها الطرفان(الزوجان)وغالبا ما يثبت القاضي عقد الزواج خاصة مع وجود الأولاد.

- دعوى ترفعها الزوجة لتصحيح عقد الزواج، والغالب اعتراض الزوج ونفي نسب الولد وخاصة أن النسب حق للأب، ويصح تسجيل الزواج حتى بعد وفاة الزوج[1] .

- دعوى يباشرها الزوج بإقراره قيام علاقة زوجية شرعية بالفاتحة، وغالبا ما يكون دليلا قويا أمام القضاء من أجل تسجيل الزواج.

وأما من حيث النظر في الوقائع ومجريات الأمور وتسلسل الأحداث عند تسجيل الزواج، فأمر ينظر فيه القاضي ويقدر أقوال المدعين، فوجود الخطبة وتراكن الزوجين لبعضهما البعض لا يترتب عليه أثر؛ لأن الخطبة وعد بالزواج كما نصت عليها المادة(5ق أ)، وبقدر ما يخطىء الخطيبان فإن الشريعة قد ألغت كل نسب لم يكن شرعيا، وبالأحرى إذا صرحا بذلك، ومهما أظهرت النتائج المخبرية حول أبوة المولود خارج نطاق الزوجية فإن ذلك لا يغني شيئا ولا يثبت به النسب.

واستنادا إلى المادة (326)من قانون العقوبات في البند الثاني التي تنص على أنه:«إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير، إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله».

فإذا ثبت الزواج بين الزوجين وأتت الزوجة بولد بعد مرور ستة أشهر ثبت النسب، دون الحاجة إلى خبرة، بناء على أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر شرعا، أو وزن الطفل[2].

---

[1] المحكمة العليا 1985/09/23 ملف رقم 37501 لمجلة القضائية عدد1،ص95 ، 1989م.

[2] الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص: ص70 2001م ملف رقم: 172379 قرار بتاريخ 1997/10/28م، قضية :(ق م) ضد (ق أ)

وقول مخالف للجمهور:« إلى أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدَّعيه صاحبه وادعاه الزاني ألحق به، وأوَّلَ قول النبي × (الولد للفراش) على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش»[1]،أما إذا لم يكن فراشا فيمكن أن ينسب إليه.

وبعضهم خرَّج المسألة في لحوق النسب على حكم من ولدت لأقل من ستة أشهر إذا صانها من غيره[2]

وذكر بعضهم أن العلم حقيقة نسبية، بينما القران الكريم كلام إلهي لخالق الكون لأنه حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان ومكان، وهو الذي فصل في مسألة إثبات أو نفي النسب وأن النص القرآني صريح وواضح وبالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية: "لا اجتهاد مع وجود النص"[3].

أما في حالة تنازع زوجين (شرعيين)حول مولود تزوجت الأم في العدة فالتحاليل الطبية سوف تفصل في ذلك[4] قياسا على القيافة.

والتنازع في النسب بين الوارثين ومزاحمة من ليس وارثا في حالات التبني، أو إقرار المرأة أمومتها وتسجيل الولد ضمن الدفتر العائلي، ما يؤكد ويوجب إجراء التحاليل المخبرية للفصل في الأبوة.

ثانيا: سلطات القاضي في تقدير نفي النسب

---

[1] زاد المعادفي هدي خير العباد ابن قيم الجوزية ج4 ص212 مكتبة المجلد العربي 1420هـ 2000م.

[2] مواهب الجليل ج10 ص109

[3] محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة الدفعة 14 سنة 2003-2004 د. محمد شريف قاهر،أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء.

[4] قضيّة النسب المتعلّقة بالطفلة(صفية)المثار بشأنها الجدل حول أبوّتها من قبل جزائري(م .ي)وفرنسي (ج. ش) احتال الوالد المزعوم على العدالة بوهران وادّعى أنه اعتنق الإسلام وعلى أساس أنّها ولدت بالتراب الفرنسي وبوجود عقد رسمي كما أنّه يرفض في ذات الوقت إجراء تحليل(dna). أما عقد الزواج الذي أبرمه إمام مسجد بأرزيو، بناءا على أنّه اعتنق الإسلام وأكّدت الجدّة أنّ ابنتها كانت حاملا في شهرها السادس، قبل زواجها من الفرنسي الذي وعدها بمساعدتها على تسوية وضعيتها في فرنسا للحصول على بطاقة الإقامة، وأكّدت العائلة أنّ العقد المبرم بينهما كان زواجا أبيضا مقابل مبلغ من المال طلبه(ج.ش) مع الإشارة إلى أنه لم يلد من زوجته الأولى بعد أكثر من 20 سنة، وقطع تقرير خبرة علمي صادر عن جهة رسمية الشكّ باليقين في قضيّة الطفلة صفية حيث قدّم أدلّة ممّا لا مجال للريب أو الجدل حولها تثبت أنّ هناك تقاربا كبيرا في بصمات الطفلة ووالدها الجزائري وكذلك يوجد تشابه فيما يتعلّق بعيّنات من اللّعاب. الشروق اليومي الموافق ل: 20 04 .2009. و2009.04.06

في حالات اللجوء إلى اللعان والقذف فإن من واجب القاضي أن يلبي طلب الزوجة إذا طلبت إجراء التحاليل المخبرية لأنه قد نص عليه في المادة (40)من قانون الأسرة المعدل.

واللعان لا يقتضي رفع النسب دائما؛ لأن الزوج إن عاد بعد الملاعنة وأكذب نفسه وألحق ولده جاز له ذلك، وأيضا فإن التحاليل إن أثبتت الأبوة قبل اللعان وعدل الزوج عن رأيه ألحق النسب.

وعدم نفي الولد ولو ليوم واحد عند العلم به، أو الوضع، أو رؤية الزنا، قرينة قاطعة على ثبوت النسب وعدم قبول دعوى اللعان أو التحليل المخبري[1].

أما إذا تم اللعان و حكم القاضي بعد ذلك بإثبات النسب بناء على الخبرة بتحليل البصمة الوراثية، يعتبر ذلك مناقضا لأحكام الشريعة؛ لأن اللعان دليل قطعي والبصمة الوراثية قرينة لا ترتقي إلى القطع واليقين، فلا تعارض بينهما، ويكون تقديم اللعان من باب تقديم أقوى الدليلين أخذا بحديث النبي× في شأن هلال بن أمية بعد أن لاعن بينهما فقال×: إن جاءت به أصيهب(*) أريصح(*) أثيبج(*) حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به[2]. وهذا يدل على أنه كان فراسة وحدسا لا وحيا ولو كان وحيا لكان معلوما عنده[3].

وأفتت دار الإفتاء المصرية: أنه إذا ثبت النسب بالبصمة الوراثية فلا ينفى عنه ولو انتفى منه، ولو تمت الملاعنة بين الزوجين وولد الطفل شبيها بالزوج صاحب الفراش، فإنه ينتسب إليه ولا ينفى عنه.

---

(1) ملف رقم 165408 قرار بتاريخ 1997/07/08م قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005م، ص 41، العيش فضيل ديوان المطبوعات الجامعية2/ 2007م.

(2) سنن أبي داوود كتاب الطلاق، باب في اللعان، ص393حكم على أحاديثه وعلق عليها محمد ناصر الدين الألباني اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض.د.ت.ط.

(3) شرح سنن النسائي المسمى ذخيرة العقبي في شرح المجتبى محمد بن الشيخ بن علي بن آدم بن موسى الأتيوبي الولّوي ج29 ص134، دار بروم، ط1/1424هـ2003م المملكة العربية السعودية.

(*)أصيهب: فهو تصغير أصهب.والصَّهَبُة والصُّهْوبَة احمرار الشعر، المصباح المنير الكبيرص272.

(*)أريصح: تصغير الأَرْصَحِ وهو الخفيف لحم الأَلْيَتين وربما كانت الصاد بدلاً من السين. انظر لسان العرب:ج1 ص899.

(*)أثيبج: تصغير أثبج وهو الناتئ الثبج، والثبج: ما بين الكاهل ووسط الظهر، وهو من كل شئ وسطه وأعلاه.انظر:مختار صحاح ص61.

ويقاس على ذلك من باب أولى ما يقرره العلم عن طريق الفحوصات والتحاليل الطبية المثبتة للنسب لأنه أقوى من مجرد الشبه الذي أخذ به الرسول × في إثبات النسب[1].

وقد أحال قانون الأسرة على الأخذ بالخبرة باللجوء إلى الطرق العلمية، ويمكن أن تدخل هذه الصورة ضمن الأدلة الشرعية فتأخذ أحكام المادة (40) من قانون الأسرة غير المعدلة، وبإثبات النسب عن طريق الخبرة فإن هذه الأخيرة تعتبر بينة شرعية أي بنوع(البينة الكتابية)، غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير سيما في إطار الزواج[2].

ويمكن أن تأخذ وجها آخر ضمن المادة(40) المعدلة باعتبار الخبرة العلمية التي أحال التقنين الجزائري عليها التي تجيز اللجوء إلى الخبرة العلمية في إثبات النسب، وهذا لم يطبق بعد[3].

ثالثا:سلطات القاضي في ترجيح الأدلة الشرعية عن الأدلة العلمية

إن مسألة اعتبار نتائج البصمة الوراثية المثبتة للنسب مع اختلال الفراش، أو وجود اللعان، أو اعتبار النتائج النافية للنسب مع وجود الفراش، أو انعدام اللعان يرجع في الحقيقة إلى اعتبار تقديم الأدلة الشرعية على الأدلة العلمية أو العكس.

- القول الأول: إن القائلين بتقديم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية أي تقديم الأب البيولوجي على الأب الشرعي يرجع بنا إلى إحداث مسائل جديدة لم تكن من قبل، وهي دعوى تصحيح النسب، فيصبح النسب معرضا في جميع أحواله إلى إعادة النظر وربما إلى الإبطال.

وهذا القول يفتح الباب أمام كل الاحتمالات، ما يعرض الأسر للنزاعات والخصومات، التي يجهل مداها، ويضع مستقبل كلا الزوجين ما ستسفر عنه عملية التحليل الطبي إيجابا أو سلبا.

ومستند أصحاب هذا الرأي من القرآن والسنة والمعقول.

أما من القرآن قوله تعالى:﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾[سورةالأحزاب: الآية 5].

---

[1] البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د.نصر فريد واصل،ص 118، أعمال وبحوث الدورة (16).انظر مجلةالزهراء العدد 23، 2005م

[2] قرار المحكمة العليا رقم 355180 بتاريخ 2006/03/05م، حجية الطرق الالشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، باديس ذيابي ص98 ، دار الهدى عين مليلة، 2010م.

[3] لم أعثر على أحكام استندت إلى الخبرة والتحاليل العلمية في إثبات النسب حسب اطلاعي.

ومفهوم ذلك أنه يجب علينا أن نعرف الأب الحقيقي وأن نستفرغ جهدنا في البحث عنه سواء كان شرعيا أو غير شرعي.

ومن السنة قوله × :« الولد للفراش وللعاهر الحجر» حيث قالوا أن الولد للفراش على حقيقته لا على مظنته فيكون الولد منسوبا لمن حصل منه المعاشرة حقيقة.

ومن القياس يجب أن يلحق ابن الزنا بالزاني قياسا على نكاح الشبهة؛ كيلا يضيع الأولاد الذين أتوا من طريق الخطيئة.

وهذا الرأي يحقق جملة من الإيجابيات تتمثل أساسا في أمور منها:

-إنقاذ طبقة من المتشردين في لمجتمع والتقليل من ظاهرة رمي الأولاد بالشوارع والمزابل.

– الاستفادة من الوسائل العلمية في إثبات النسب والهوية وهو من ثمار الحضارة والتمدن.

– تحميل الأب مسؤولية الإنفاق والرعاية لمن تسببوا في إخراجهم في إخراجهم لهذه الدنيا.

– التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب من بعض الزيجات اللائي يتستغفلن أزواجهن فينسبن إليهم ما ليس منهم، وبالتالي التقليل من ظاهرة الزنا.

– القول الثاني: القائلون بأولوية الطرق الشرعية على الطرق العلمية فإن مستندهم في ذلك أنه إذا ثبت النسب بالطرق الشرعية المتفق عليها فلا مجال لاستخدام الطرق العلمية للتأكد من الأنساب، أو إبطال أبوة كانت ثبتت بطريق شرعي؛ فإن الطرق الشرعية أقوى بكثير من الطرق الأخرى فلا يقدم عليها شيء من ذلك، ولا يعارض ضعيف ما كان أقوى منه.

ودليل ذلك حديث النبي × لمن أراد ان ينتفي من ابنه فقال: يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود فقال ×: هل لك من إبل؟ قال: نعم قال: ما ألوانها؟ قال: حمر قال×: هل فيهما من أورق؟ قال نعم، قال:فأنى كان ذلك ؟ قال: لعله نزعة عرق نزعه فقال ×: فلعل ابنك هذا نزعة عرق[1].فدل هذا الحديث على أمرين:

– إن المخالفة في اللون بين الأب وابنه لا يبرر الإنتفاء.

– عدم جواز نفي النسب بعد ثبوته مهما ظهرت من أمرات وعلامات،وإذا كان لا يجوز نفي

[1] صحيح البخاري : كتاب الطلاق ، باب إذا عرض بنفي الولد ج9 ص351.

النسب بعد ثبوته إلا باللعان، فإنه لا يجوز أيضا استعمال أي وسيلة قد يستدل بها على انتفاء النسب ونفيه عن صاحبه؛ لأن الوسائل لها حكم المقاصد في أحكامها فوسيلة الحرام محرمة ووسيلة الواجب واجبة وكذا بقية الأحكام الشرعية [1].

وأخذا بالحديث الثابت في الباب قوله ×: "هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة،" فالحديث بمنطوقه يقدم إثبات النسب بالفراش مع وجود ما يخالف ذلك وهو الظاهر من شبه الغلام بصاحب الفراش، ونزوع شبهه إلى الجهة المزعومة؛ فدليل الشبه يعتمد على الصفات الوراثية الموجودة في الجهة المتهمة، وهو أشبه بالبصمة الوراثية ومع ذلك لم يقوى على معارضة الأصل الذي هو الفراش.

ومن المعقول أنه لا يجوز تعطيل النصوص الشرعية النقلية، ولا يجوز الاجتهاد فيما فيه نص صريح، وقضى به النبي× وسار على ذلك الخلفاء الأربعة ومن بعدهم الفقهاء إلى يومنا هذا.

القول الثالث: وهو الجمع بين الدليلين دليل الفراش ودليل الشبه فيعمل بدليل الفراش في النسب وما يتبعه، ويعمل بدليل الشبه في المحرمية كالنظر والخلوة وغيرها... .

قال ابن عبد البر: فكأنه حكم بحكمين حكم ظاهر وهو الولد للفراش وحكم باطن وهو الاحتجاب من أجل الشبهة كأنه قال ليس بأخ لك يا سودة إلا في حكم الله بالولد للفراش [2].

ولهذا القول صور عديدة في عصرنا حيث يثبت النسب البيولوجي للابن من جهة ونسبه للفراش من جهة أخرى (ابن الزنا)، و(نكاح الشبهة) و(التبني) و(الإغتصاب).. .

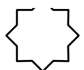
وفي جميع الحالات يمكننا اللجوء إلى إجراء التحاليل الطبية،في هذه الصور كما يمكننا الإبقاء على نسب الفراش طبقا لقاعدة« الولد للفراش»، إذا سكت الزوج ولم ينفه.

وباعتبار أن البصمة الوراثية من النوازل والمستجدات لها أحكامها الخاصة بها، وحاجة الناس لأجل مواليدهم أصبح ضرورة في معظم الأحيان، فما من مولود إلا وقد ولد بالمستشفى، وفي حالة كثرة المواليد واختلاطها قد يحدث اختلاف، أو يتعمد في ذلك فينبغي العمل في إجراء تحاليل البصمة

---

(1) الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق: ج3،ص200.

(2) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: بن عبد البر القرطبي، ج8 ص186.



وتيسيرها من جهة الدولة أولا، ومن جهة الزوجين ثانيا، والشريعة الإسلامية راعت تحقيق المصالح وجلبها ودرء المفاسد وإبعادها، ولا شك أن تحقيق الأنساب مصلحة شرعية معتبرة.

وقد يعمل بالبصمة الوراثية إذا استحال إثبات النسب بالطرق الشرعية، وهي في المرتبة الأخيرة كما في نص المادة (40) المعدلة، وفي الفقرة الأخيرة منها خروجا من عدم تنسيب الولد.

الفرع الثالث: الصعوبات والعراقيل القانونية والمادية

أولا:الصعوبات القانونية

إن نص الجزء المعدل من المادة (40) جاء مقتضبا وموجزا لم يبين الإجراءات والكيفيات المتبعة في تجسيد أمر الخبرة؛ فمجرد الإحالة على الطرق العلمية يفتح الباب واسعا أمام الإجتهادات الفردية والتأويلات التي قد تصيب وقد تخطىء، وقد يتعمد فيها التزوير، فيحصل التناقض وتشتبك الأمور أكثر مما كانت عليه.

وقد ذكرنا أن هذا الإجراء يمثل مساسا بالحريات وانتهاكا لحرمة الإنسان وامتهانا لكرامته.

وبتقصي الحقائق وتحليل القضية ووضعها في نصابها القانوني الشرعي، يظهر أن اللجوء إلى التحاليل الطبية لا يكون إلا عندما لا يكون أي دليل بأيدينا، وإلا فإن البحث في أسباب النسب وطرق إثباته لم يترك للمجتهد كبير جهد في البحث والتنقيب عن أحكام جديدة، وسدَّ الأبواب في وجه المنتحلين المبطلين في أسلوب حكيم يعبر عن متانة قواعد الشريعة؛ فتشريع الزواج والطلاق والعدة وأقل مدة الحمل وأكثره والبينات، والإقرار والقيافة،كل ذلك يصون النسب ويحفظه من الإبتذال أو التلاعب والتراجع، وما البصمة الوراثية إلا قياسا على القيافة التي أقرها النبي × وعمل بها الخلفاء الأربعة والفقهاء من بعدهم.

فالتحاليل الطبية يلجأ إليها بعد انسداد جميع الطرق الشرعية، ففي هذه الحالة يمكننا ويجب علينا في أحيان أخرى أن نبحث عن حل أوفق للولد المختلف حوله، وكذا إخراج الزوجين من مشكلة تعكر صفو حياتهما ليستأنفا معا حياتهما الزوجية وتزول الوساوس من قلبيهما.

ولسنا في هذا المقام بصدد إثبات نسب خارج نطاق الزوجية تحت طائلة الإنكار والإثبات من كلا الطرفين لأنه إن ثبتت أبوة فيعني ذلك فضيحة، وهذا ما يجعل الزوج أو الزوجة يمتنعان عن كل ما يمس كيانهما ويعتبران ذلك انتهاكا للحريات ومساسا بالحياة الشخصية ونشرا للأسرار.

إن إثبات النسب من علاقة شرعية ليس معناه انتهاك حرمة الإنسان ولا إهانة له بل هو فعل يجب المسارعة إليه حين التعارض لإثبات أبوة، أو أمومة شرعية، وهو دفاع عن شرف الزوجين معا؛ فلا وجود لإكراه بدني أو معنوي، أو مساس بالكرامة.

أما الرأي القائل بأن الإخضاع إلى التحاليل الطبية يجعل المتهم يقدم دليلا ضد نفسه، فإن هذا المبدأ لا ينطبق على الزوجين الشرعيين؛ لأن من مصلحتهما أن يعرِفا نسب ابنيهما ومن مصلحة الزوجة أن تدفع عن شرفها إن كانت عفيفة، بخلاف حالة الزنا التي ينكر فيها حتى يجابه بالحقيقة[1].

ومسألة تقنين الأخذ بتحاليل البصمة الوراثية وإدراجها ضمن الأدلة القانونية والشرعية لإثبات النسب جعلها المقنن الجزائري فقرة التعديل الجديد في آخر الأدلة الشرعية، وحينما لا يكون بأيدي الزوجين شيئ من الأدلة، فهي إن استعملت في موضعها ولم يكن هناك من غموض كتوثيق الزواج العرفي أو تسجيل ولد تخلى عنه أباه أو أعطاه لكفيل ثم ظهر له أن يضمه إليه فلا تناقض بينها وبين الأدلة الشرعية الأخرى.

كما أن الأخذ بهذا الدليل لا يستدعي عملا كبيرا، فهو إن وافق الزوجان على ذلك وجهت المحكمة المختصة خطابا إلى الجهة المختصة في إجراء التحاليل وببطاقات رسمية، ثم إن النتائج المخبرية ليست ملزمة للقاضي.

والمسألة ليست كامنة في تقنين أدلة الحامض النووي وترتيب الأحكام على ذلك؛ إنما هي في ملاءمة القانون للدواعي الوجدانية للزوجان والدوافع الحقيقية لهذه العملية؛ فقد يعترف الزوج بأبوته لولد خوفا من الملاحقة القانونية أو خوفا من ابتزاز الساقطات ثم بعد ذلك يتخلى عن الولد.

ثانيا:الصعوبات المادية

إن إيجاد مراكز الإختبارات وتوفير معدات للتحاليل الطبية، وتأهيل اليد العاملة ذات المهارة والشروط العالمية المسموح بها، ليس بالأمر الهين، فإن ذلك يتطلب أموالا باهضة، يستحيل أن يتكلف به شخص عادي.

[1] حدث في أحد مراكز إعادة التربية أن متهما في قضية انتهاك شرف أدين وأدخل السجن وبعد ما ولد المولود جاءت به جدته لتلقيه بين يديه بمحضر من الطبيب الخاص بالمركز وإدارة المركز فلما وضع الولد بين يديه انهار وأصيب بانفعال عاطفي، وأقر أن هذا الإبن ابنه.

– نقل التكنولوجيا أمر مازال يتحفظ عليه ولا يسمح به إلا بعد مرور أزمنة، والمعدات تتطلب أموالا باهضة يصعب اقتناؤها، وقد تم فتح مركز واحد بالجزائر بمبنى الشرطة العلمية بشاطوناف بتاريخ2004/07/22م.

وهذا لا يفي بحاجات الناس على مستوى تراب الجمهورية، فالأمر يتطلب مراكز جهوية تخفف الضغط وتسرع في تلبية حاجات الناس المختلفة.

ـ إعتماد كفاءات من الخبراء تشرف على تكوين إطارات مختصة ذات كفاءة، من الأطباء والصيادلة والإداريون مهمتهم الإشراف على نتائج البصمة، ودراسة الحالات النادرة وتسيير وصيانة ومراقبة العتاد المخبري.

ـ تكاليف التحاليل والمصاريف لو لم تتكفل بها الدولة ما كانت لتفتح أبوابها أو تستمر في العمل، وهناك آلاف القضايا الإجرامية، والمدنية في انتظار البت فيها[1]، وبعض التقنيات قد يستغرق نتائجها عدة أسابيع[2]، ما يؤدي إلى تراكم القضايا وبطؤها.

ـ إعطاء الأولوية لقطاع البحث العلمي مع اعتماد غلاف مالي يتيح للباحث الابتكار وتطوير الأجهزة المخبرية والطبية والصيدلانية وتحسين النوعية والدقة لإعطاء نتائج دقيقة ومطابقة.

---

(1) نشرت جريدة الشروق بتاريخ 2009.04.29 خبرا يتعلق بإقدام بعض الآباء المصابين بداء العقم عن طريق التزوير بعين فكرون ولاية أم البواقي، وبتواطؤ من أشخاص ذوو نفوذ على نسب أطفال غير شرعيين لهم بعد تسجيلهم بألقابهم والاستغناء عن اللقب الأصلي بصفتهما لقيطتين. والقضية الثانية من منطقة الخروب بولاية قسنطينة وانطلاقا من ذلك استمعت مصالح الأمن المختصة إقليميا إلى مجموعة من المواطنين من مختلف الأعمار ومن الجنسين الأمر الذي مكن من تحديد هوية المتورطين بما فيهم الزوجين والمرأة التي تكفلت بنقل الطفلين للزوجين وأطراف أخرى فاق عددها 14 شخص من بينهم 06 نساء وجهت لهم تهمة تحويل ونقل أطفال وتسجيلهم بهيئات عمومية (مصلحة الحالة المدنية) على أساس أنهم أبنائهم عمدا في انتظار فصل الجهات القضائية المختصة إقليميا في القضية والتي ما زالت التحريات متواصلة بخصوصها .

(2) دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مضاء منجد مصطفى ص50.



الفصل الثالث

آثار النسب وأحكام ولد الزنا

أحاط الشارع الحكيم النسب بجملة من الأحكام الشرعية، ليظل متصلا؛كونه من المقاصد الخمسة للشريعة الإسلامية، أو مكملا لها وهو الصحيح.

ففي إثبات انتساب الإبن لوالديه أهمية كبرى ينبني عليه القيام بالأولاد من الرعاية، والحضانة والنفقة منذ العلم به حملا (جنينا)، والإقرار به مولودا، وفي صدق انتساب النسل إلى أصله سائقا إلى البر والرحمة والتناصر، فإن لم يثبت نسبه فقد حدد الشارع رعاية اللقيط، وكفالة اليتيم، وحرم التبني إبقاء لقواعد النسب، وأواصر القرابة والمصاهرة،وحفاظا على البناء الأسري حتى لا تختلط الأنساب وتختل الروابط الإجتماعية، وتضيع الحقوق.

المبحث الأول: الولاية على ولد الزنا.

المطلب الأول: الولاية على النفس

الفرع الأول: مفهوم الولاية

أولا:تعريف الولاية.أ . تعريف الولاية في اللغة

الولاية من الولْي بسكون اللام وهو الدنو والقرب، يقال: تباعد بعد ولْي، والولاية: النصرة[1].

ولي فلانا وليا: دنا منه واقترب يقال:جلس مما يلي فلانا، أي يقاربه ولي الشيء، وعليه ولاية ملك أمره وقام به، وفي الحديث: اللهم من ولي من أمر أمتي شيئا[2].

والوِلاية بالكسر السلطان، والوَلاية والوِلاية النصرة، تقول ولِيٌّ بيِّن الوَلاية ووالٍ بيِّن الوِلاية.

والوليُّ ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، ووليُّ المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[3].

ب - تعريف الولاية في الاصطلاح: الولي من يملك الوِلاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو لا [4].

---

(1) مختار صحاح: للإمام محمد أبي بكر الرازي، ص463 .

(2) صحيح مسلم: كتاب الإمارة باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر،ج2 ص124.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية: ج31، ص 207،وانظر المعجم الوسيط باب الواو، ص 1040.

(4) شرح حدود بن عرفة: ص241.

تعريف آخر: الولي من له على المرأة ملك أو أبوة، أوتعصيب، أو إيصاء، أوكفالة، أوسلطان أو ذو إسلام[1].

ثانيا: إطلاقاتها وأقسامها

تطلق على كل من ولي أمرا أو قام به، والناصر والمحب والصديق يذكَّر (وقد يؤنث بالتاء) والحليف والصهر والجار والعقيد، والتابع، والمعتق، والمطيع، تقول (المؤمن ولي الله)، والولْي المطر يسقط بعد المطر، (وولي العهد) وارث الملك (وولي المرأة) من يلي عقد النكاح ولا يدعها تستبد بعقد النكاح من دونه، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، والوَلْية والولِيَّة البرذعة على ظهر البعير وكل ما ولي ظهر البعير من كساء أو غيره، وما تخبئه المرأة من زاد لضيف ينزل[2].

لاية أقسام بحسب إطلاقاتها تدور حول معنى القرب، والنصرة والإمارة، لأن فيها تنفيذ الأمر على الغير، جماعات كانوا أو أفرادا في شتى التصرفات، فمنها الولاية العامة (الإمامة، والقضاء) ومنها الولاية الخاصة (ولاية المال، والنكاح).

فالخاصة أربعة أوجه: بنسب أوخلافة نسب، أوولاء، أو سلطان، وأما العامة: وهي ولاية الدين وهي جائزة مع تعذر الولاية الخاصة، وهي للمسلمين الأحرار هم في النكاح بعضهم أولياء بعض[3].

وقسم فقهاء الحنفية الولاية قسمين: ولاية على النفس وولاية على المال؛ فالولاية على النفس هي الإشراف على شئون القاصر الشخصية من صيانة، وحفظ، وتأديب، وتعليم وتزويج وتطبيب.

والولاية على المال هي الإشراف على شئون القاصر المالية من حفظ المال، وإبرام العقود وسائر التصرفات المتعلِّقَة بالمال[4].

أما المالكية فجعلوا الولاية واحدة، فللأب حق الولاية على الصغير من حفظ نفسه وماله[5].

---

(1) القاموس الفقهي: ص390.
(2) لسان العرب: ابن منظور، ج6 ص634، 635.
(3) التاج والإكليل لمختصر خليل : ج3ص 429.
(4) المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا ج2ص845 ، دار القلم دمشق ط/2،1425هـ،2004م.
(5) حاشية الدسوقي: ج3ص293، ص296.

الفرع الثاني: ولاية النكاح (التزويج)

لما كانت الولاية تثبت للعصبات من ولاية الحضانة، والمال، وولاية التزويج فإن ولد الزنا ليس له عاصب من جهة أبيه، فهو مقطوع النسب فمن يلي أمره؟ عصبته أو ذوي رحمه؟.

أولا: مذاهب الفقهاء:

القول الأول: لا يلي في ولاية النكاح إلا العاصب، فإن فقد العاصب تولى مكانه السلطان، وهذا قول عند الحنفية[1]خلافا للصحيح.

وهو أيضا للمالكية[2]،والشافعية[3]،والحنابلة[4]. وروي عن علي رضي الله عنه قال:« إذا بلغ النساء نصَّ الحِقاق فالعصبة أولى إذا أدركن[5]»، والحقاق مصدر المحاق ومعناه إذا بلغت(المرأة)من سنها المبلغ الذي يصلح أن تخاصِم وتخاصَم فالعصبة أولى من أمها.

فلا يتولى أقارب الأم نكاح ولدها من الزنا، ...م ليسو عصبة عند الجمهور؛ وإن استحقت الأم عصبة ولدها من الزنا في الميراث، فلا يلزم ذلك عصبتها في ولاية التزويج، بدليل الأخوات مع البنات، ولا يلزم من عصبة الأم في الميراث التعصيب في العقل والتزويج[6]، ولأن الأم لا مدخل لها في ولاية النكاح.

القول الثاني:

إن كل وارث بالعصبة وبالفرض من ذوي الأرحام لهم حق ولاية التزويج، فإذا فُقد أصحاب العصبات استحق ذوو الأرحام بطريق العصوبة، ثم يليهم في ذلك السلطان ونائبه، وهو قول الشافعي في الجديد ومذهب أبي حنيفة [7].

---

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق فخر الدين عثمان بن علي الزيلغي ج2، ص126.
(2) شرح الخرشي: ج3، ص 180.
(3) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ج3 ص129.
(4) المغني ج7 ص 13.
(5) سنن البيهقي الكبرى كتاب النكاح باب ماجاء في إنكاح اليتيمة ،ج7 ص 121.
(6) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي،ج7 ص 128 دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع د .ت. ط.
(7) الحاوي الكبير: أبو الحسن الماوردي ج 9، ص93، دار الفكر، بيروت.د.ت.ط.

وعلى هذا الترتيب جاء حديث النبي ×:« أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل ثلاثا ولها مهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فإن السلطان ولي من لا ولي له[1]».

فإن اشتجروا (وهو عضل الأولياء) انتقلت الولاية إلى السلطان، فالسلطان ولي من لا ولي له لعدمه أو لمنعه ومثلهما غيبة الولي[2].

والذي يترجح عند عرض الأقوال أن الولاية في أصلها هي للعصبة الذكور، أما ذوو الأرحام فلم يحوزوا ميراثا إذا فلا ولاية لهم؛ لكن الأمر يختلف تماما عند عرض حالة ولد الزنا وبنت الزنا.

– فالعاصب من جهة الأب مفقود، لذا يتقدم دور ذوي الرحم من جهة أمه.

– ويشترط في الولي كمال النظر، وسداد التدبير، وكمال الشفقة، وهذا متوفر في رحم المرأة من الأخ والأخ لأم لقربه من هذا الولد.

– والأم وإن لم تنلها ولاية ابنها لما في ذلك من قصور المرأة فإ ، يتعدى إلى رحمها ومن أدلى بها، فيقدم الخال لقوة قرابته، فلما لم يوجد العاصب لم يكن لذي الرحم مزاحم أقوى منه، لأن الولاية في الأصل تابعة للنسب، وولد الزنا منسوب إلى أمه وذوي رحمها.

وبنظرة عامة فإن القول بولاية ذوي الأرحام لولد الزنا رأي وجيه يستند إلى مفهوم الآية من قوله تعالى:﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[سورة الأنفال الآية75].

وقد استدل الحنفية ذه الآية على توريث ذوي الأرحام[3]، وقالوا هو رأي عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ومعاذ وأبو الدرداء وعائشة وعلي،وهو قول الكوفيين والإمام أحمد[4].

ثانيا: موقف قانون الأسرة من ولاية المرأة

جاء في المادة(11)من الأمر 02/05 المؤرخ في2005/2/27م المعدل والمتمم لقانون الأسرة «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها، و أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره دون

---

(1) مسند الإمام أحمد بن حنبل باقي مسند الأنصار حديث السيدة عائشة ج 6 ص 165.

(2) سبل السلام للصنعاني: ج 3 ص153،154.

(3) تفسير الكشاف ج2، ص 604.

(4) تفسير القرطبي، ج8 ص 59.

الإخلال بأحكام المادة(7)من هذا القانون:« يتولى زواج القاصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له».

جعل المشرع العقد للمرأة فهي التي تتولاه وتباشره إذا كانت راشدة بلغت(19) عاما وليس للولي إلا الحضور، حتى حضوره لم يعد له وزن إذا اختارت غيره وليا ممن ترضاه؛ فكل الناس أولياء للمرأة مهما بعدوا إذا وقع الإختيار على واحد منهم دون الولي الشرعي، فلا قيمة لمعيار القرابة مادام الولي في نظر واضعي هذا القانون هو: أبوها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره[1].

أما تولية المرأة لغيرها وبالأخص على أبنائها القصر فقد جاء في المادة (87 ق أ) المعدلة

((يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد)).

فالنصوص صريحة في إعطاء المرأة حق التصرف عند غيبة الزوج، وعلى هذا سير التقاضي ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون[2].

وتولية المرأة مَن في ولايتها من الأطفال، وتزويج الكبار الذكور منهم فقط أمر جائز عند المالكية أما الإناث فلا،(فلا يجوز للمرأة أن تتولى عقد نكاح من في ولايتها من البنات) فإن وقع عقد فسخ بطلقة واحدة، وإن أوصت المرأة والعبد فوكلا غيرهما من يعقد على البنات جاز، ولهما العقد على من يليان من الذكور[3].

والأصل في منع ولاية المرأة للمرأة أنه يجب أن يكون الولي ذَكَرًا ولا تصح ولاية الأنثى[4].

---

(1) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: عبد القادر داودي ص119.

(2) قانون الأسرة مذيل بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا ،أ عبيدي الشافعي ص51(أحوال شخصية : 1997/12/23، م،ق، ع. 1997/01)

(3) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني ج4 ، ص409 ، تحقيق د. محمد حجي دار الغرب الإسلامي، ط1/ 1999م.

(4) مدونة الفقه المالكي وأدلته: الصادق عبد الرحمن الغرياني ج2ص557، مؤسسة الريان للنشر والتوزيع،ط1/1423هـ 2002م.

لحديث أبي هريرة أن النبي× قال:«لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها[1] ».

ونخلص إلى أن للمرأة ولاية من باب أولى على ابنها الذي ولدته ولم ينسب إلى أب معين، فقد اجتمعت لها ولايتها على ولدها لم يشاركها في ذلك إلا عصبتها عند عجزها في ذلك.

ثالثا: ولاية ولد الزنا على أمه في النكاح.

ولد الزنا ثابت في أمومته، لأنها هي التي تخلق في أحشائها حتى صار مولودا، خرج إلى الحياة فهو منسوب إليها لانفصاله عنها بأي طريق كان سبب الحمل؛ بنكاح شرعي، أو زنى، أو وطء شبهة، أو إكراه، لكن العلماء اختلفوا في ولاية الإبن على أمه فريقين.

الفريق الأول:

يرى أن للإبن حق الولاية على أمه فبنوته تجعله يتصرف تصرف الولي، لا فرق بين ولد شرعي أو من زنا، فيكون ولد الزنا وليا على أمه عند جمهور الفقهاء من الحنفية[2]والحنابلة[3] والمالكية[4] وقال بعضهم(الحنفية ورواية عند المالكية والحنابلة): أن الولد أولى من الأب ويقدم عليه.

الفريق الثاني:

أن الإبن لا يلي عقد نكاح أمه، وهو مذهب الشافعية[5].

---

[1] سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، كتاب النكاح ، ج3 ص227.تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت ، 1386هـ، 1966م.

[2] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج2 ص 122.

[3] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي بن سليمان المرداوي ج5 ص 324.

[4] الذخيرة ج4 ص227. الخرشي ج3 ،ص180.

جاء في الذخيرة ومؤدى قوله عليه السلام لعمر بن أبي سلمة: قم فزوج أمك وزوج أنس بن مالك أمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ولأنه متقدم على العصبات في الميراث فيقدم في النكاح.

[5] نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج6 ص 232 .وفيه (قالوا ولا يزوج ابن ببنوة خلافا للمزني) وأوّلوا (حديث عمر بن سلمة وأن سنه كان سنتان فهو طفل لا يزوج، والظاهر أن الراوي وهم وأن المراد به عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأنه من عصبتها واسمه موافق لإسم ابنها).

قالوا ولا يزوج ابن ببنوة، ورواية :"قم فزوج أمك "باطلة على أن نكاحه × لا يفتقر لولي فهو استطابة له، ويزوجها ابنها بولاية القضاء إن كان قاضيا، أو كان معتقا لها، أو عصبة لمعتقها، ويزوج الإبن أمه بأربعة أسباب[1].

1- أن يكون عصبة لها من النسب بأن يكون ابن عمها وليس لها من اقرب منه.

2- أن يكون مواليها يزوجها بولاية الولاء.

3- أن يكون قاضيا وليس لها عصبة مناسب فيجوز لإبنها أن يزوجها بولاية القضاء.

4- أن يكون وكيلا لوليها المناسب فيجوز له أن يزوجها نيابة عنه كما يزوجها المستناب من الأجانب (أي يكون له الكلام وقت عقد النكاح في الإيجاب والقبول).

الترجيح: بعد عرض أدلة الفريقين يظهر رجاحة قول من أجاز تولية الابن على أمه لأنه عاصبا لها وهو ذكر، وولاية النكاح حق يستفاد بالتعصيب.

أما قولهم أن عمر بن أبي سلمة(*)كان صغيرا ففيه بيان جواز ذلك[2]، وأما تلك التعليلات بأن يكون واليا لها أو قاضيا، فهي تأويلات بعيدة ونادرة بل مفقودة، وأما قولهم بأن الابن ينفر من تزويج أمه، ويراه عارا فذلك مردود، لأن الإبن يدافع عن نسبه وعرض أمه فلا يزوجها إلا الكفء، فهو أعظم حمية وأكثر أنفة[3]، وابن الزنا له جميع الحقوق من أمه كما أن لها جميع حقوق البنوة، لأنه ابنها شرعا يعتني بأمه كما تعتني به، ولا حائل يحول في اتصال نسبه منها، فكان أولى بأمه.

---

(1) أنظر الحاوي الكبير: ج9 ص 96.وانظر مسند الإمام أحمد باب حديث أم سلمة ج6ص313.

(2) شرح منتهى الإرادات، ج2،ص638. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،عالم الكتب 1996،بيرت.

(3) المغني ج9، ص 358.

(*) عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسود بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي ربيب رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه أم سلمة المخزومية، أم المؤمنين يكنى أبا حفص ولد في السنة الثانية من الهجرة بأرض الحبشة. وقيل: إنه كان يوم قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين وشهد مع علي رضي الله عنه الجمل واستعمله علي رضي الله عنه على فارس والبحرين. وتوفي بالمدينة سنة ثلاث وثمانين. أنظر الإستيعاب في أسماء الأصحاب لابن عبد البر، ج2ص84.

المطلب الثاني : الولاية على المال (ولد الزنا)

الفرع الأول: الولاية على مال ولد الزنا وولايته على أبويه

أولا: الولاية على مال ولد الزنا

الولاية على المال ترجع في الأصل إلى الأب، أو الوصي، فإذا كان الولد ولد زنا فلا ولاية له من جهة أبيه لانقطاع النسب بينهما، ولذلك توجه أن تكون للأم، لكن هذه الأخيرة اختلف في أحقيتها بذلك، فيرى فريق أن الولاية تكون للأم ويرى الجمهور أنها للحاكم.

القول الأول: أن الأم لا تستحق الولاية على مال ولدها من الزنا، وتنتقل الولاية إلى الحاكم وهذا قول الحنفية[1] والمالكية[2]، والصحيح عند الشافعية[3] ووجه عند الحنابلة[4].

ودليلهم في ذلك أن المرأة غير مأمونة لنقص عقلها وسرعة انخداعها.

2-تحقيق قوامة الرجال على النساء لقوله تعالى:﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٍ﴾[سورة النساء الآية 34]ولأن الولاية أعطيت للرجال دون النساء في ولاية التزويج، ويقاس عليها غيرها[5].

القول الثاني: أن الأم أولى بولدها، فتكون ولية على مال ولدها، وهو قول عند الشافعية[6] وهو خلاف الأصح، والقول الصحيح عند الحنابلة، وهو اختيار ابن تيمية[7].

ووجه قولهم مما يلي:

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج5 ، ص155.

(2) التاج والإكليل لمختصر خليل: ج3 ص 428 . انظر الفواكه الدواني ج 2 ص 07.

(3) مغني المحتاج: محمد الخطيب الشربيني ج3 ص 76.

(4) العدة شرح العمدة :ج2 ص6 .

(5) حاشيتان قليوبي على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي تحقيق مكتب البحوث والدراسات دار الفكر ت ط 1419-1998 لبنان ج3 ص 222.

(6) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ج4 ص 375.

(7) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد: ج5 ص 324.

1- نها يجوز لها أن تكون وصية للأب فتتصرف في المال بسبب الوصاية.

2- قد تكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي فيصح تصرفها على ابنها.

3- وفور شفقتها على ابنها .

والذي أميل إليه ويرجح عندي القول بولاية الأم على ابنها لأنه ابنها فهي أولى به، فهي تتصرف في مالها فجاز لها أن تتصرف في مال ابنها لحاجتها إلى ذلك.

- اق عامة الفقهاء على جواز كونها وصية للأب على مال ولدها، وهذا الطفل بمثابة اليتيم فإنه يثبت في حق الأم إرضاعه فتبعته سائر الحقوق تأخذ له وتأخذ منه.

- يس له إلا أم فهي تقوم مقام الأب ولأنها أقرب الناس إليه.

وبالقياس على اللقيط: فإن للزوجة أن تحوز رقيقها، وعتيقها، والذي لاعنت عليه، فهي عصبته والولاية إنما تكون للعصبات.

ثانيا: ولاية ولد الزنا على أبويه في المال

إذا أصيب الوالد بجنون، أو عارض من عوارض التصرف هل يلي ابنه من الزنا التصرف في ماله؟ اختلف العلماء في ذلك إلى قولين :

القول الأول :

لا يلي الإبن في المال ولا غيره من العصبة، بل الولاية عند عدم الأب ووصيه إلى الحاكم.

وهذا قول الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

لأن ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت إلا إذا كان المتصرف كامل الرأي وافر الشفقة وليس للإبن وفور الشفقة، فلا يملكه بخلاف الأب فإنه وافر الشفقة، ووصيه قائم مقامه[5].

---

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي الزيلعي ج 5 ص220 .
(2) بلغة السالك لأقرب المسالك: أحمد الصاوي ج 2 ص228 .
(3) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري ج 2 ص211 .
(4) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علي بن سليمان المرداوي ج 5 ص323 .
(5) تبيين الحقائق: ج 5 ص220.

القول الثاني :

أن الإبن يلي في المال عند عدم الأب، وهذا قول عند الحنابلة واختيار ابن تيمية[1] .

حكم ولد الزنا في الولاية على والديه :

ولد الزنا بوجه عام منقطع النسب من جهة الأب، فبناءً على ذلك لا ولاية له على أبيه الزاني باعتباره ابناً له، فهو وإن كان متخلقاً من مائه إلا إنه لا يأخذ حكم الولد شرعاً على الصحيح.

أما أمه فهو ولدٌ لها منسوب إليها، لأن شرط إلحاق الولد بالمرأة انفصاله عنها بالولادة بغض النظر عن سبب الحمل، هل هو وطء بعقد شرعي أو شبهة، أو زنا، بناء على ذلك فإن الذكر من ولد الزنا – الابن – يلي مال أمه السفيهة أو المجنونة عند من يرى ولاية الإبن.

الفرع الثاني: النفقة

أولا: تعريف النفقة في اللغة والإصطلاح:

أ: **تعريف النفقة في اللغة:** نفق الفرس والدابة وسائر البهائم ينفق شيئا: مات، نفق البيع نَفَاقًا راج ونفقت السلعة تنفق نفاقا بالفتح غلت ورغب فيها، وفي الحديث المنفِّق سلعته بالحلف الكاذب المنفِّق بالتشديد من النَّفاق وهو ضد الكساد[2].

نَفَقَت: فنيت نفقاتهم ونفدت ورجل مِنفاق كثر النفقة لما يعرفه من الدراهم وغيرها[3].

نفق: النون والفاء والقاف أصلان صحيحان يدل أحدهما على انقطاع شيء وذهابه[4].

ب: تعريف النفقة في الاصطلاح:

هو الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه[5].

---

(1) الإنصاف: 324/5 ، الفروع: ج318/4 .

(2) لسان العرب: ج4، ص246،247.

(3) تاج العروس: ج26،ص 432.

(4) مقاييس اللغة: ج5 ص 364 .

(5) القاموس الفقهي: سعدي أبو جيب، ص 358.

وعرفها ابن عرفة بقوله: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف[1].

وعرفها بعضهم بقوله: هي الطعام والكسوة والسكنى[2].

من التعريفات السابقة يتعين أن النفقة في معناها الشرعي، ما يخرجه المرء من مال لينفقه على من يعول في حد متوسط، دون اسراف أو تقتير، ويشمل الخبز والأدم، والكسوة، والمسكن.

والنفقة عند الإطلاق تشمل الطعام والكسوة والمسكن وتوابعها[3].

ثانيا: نفقة ولد الزنا.

في الأصل أن النفقة واجبة على الأب، وهو مسؤول عن الإنفاق على أبنائه ديانة وقضاء، أما في حالة ولد الزنا فإنه مقطوع النسب من جهة أبيه، فلا تجب عليه النفقة قياسا على ابن الملاعنة[4].

ولقد اختلف الفقهاء في وجوب نفقة اليتيم ومن ليس له أب إلى أربعة أقوال.

القول الأول:

تجب النفقة على الورثة كلهم بقدر إرثه، وبه قال الحنابلة والحسن ومجاهد والنخعي وقتادة[5].

واستدلوا بالآية:﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[سورة البقرة الآية:233] أي على وارث الطفل إذا عدم الأب وكان الطفل ليس له مال مثل ما على الأقارب من النفقة للمرضع والكسوة فدل على وجوب نفقة الأقارب المعسرين على القريب الوارث الموسر[6]، لأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس، نبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم[7]،

ولأن غرم النفقة بغنم الإرث، وكذا يؤخذ عموم الأحاديث الدالة على وجوب النفقة على الأقارب وهي

---

(1) شرح حدود بن عرفة: ص 321.

(2) الدر المختار: الحصكفي ج3ص628 دار الفكر بيروت، لبنان: حارة حريك، شارع عبد النور.

(3) كشاف القناع: ج5، ص 459-460 .

(4) شرح مختصر خليل للخرشي:ج4، ص 194، حاشية الدسوقي ج2، ص 516 .

(5) المرجع السابق: ج5 ص 466

(6) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: عبد الرحمن السعدي،ص96دار ابن حزم، ط1/1419،1999م.

(7) المغني: ج9 ص 258.

كثيرة منها قول النبي × عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي × فقال: يا رسول الله من أبر؟ قال: «أمك وأباك وأختك وأخاك ومولاك الذي يلي فاك حق واجب ورحم موصولة[1]».

وهذا الحديث يعطي الحقوق الواجبة لأصحابها والمذكورون فيه أهل الفروض والعصبات.

القول الثاني:

تجب النفقة على العاصبين من الورثة دون غيرهم، وهذا القول رواية عن أحمد، فالصبي المرضع لا أب له ولأخذ نفقته وأجر رضاعته على الرجال دون النساء ودليلهم في ذلك.

أن عمر رضي الله عنه قضى على بني منفوس بنفقته وروى عنه أنه حبس عصبة ينفقون على صبي (الرجال دون النساء). ولأنها مواساة ومعونة تختص بالقرابة فاختصت بالعصابات كالعقل[2].

القول الثالث:

تجب النفقة على الأرحام بعضهم على بعض، ولا تجب على غيرهم وعند اجتماعهم يجب على كل منهم بقدر ميراثه، وهو مذهب الحنفية واستدلوا بما يلي:

1. قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال الآية 75].

2- قراءة عبد الله بن مسعود ((وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك)) فإن قراءته لا تتخلف عن روايته عن رسول الله × لأنه ما كان هذا إلا سماعا من رسول الله× وبه قال الحنفية والحسن[3].

3 ـ قوله تعالى: وعلى الوارث مثل ذلك والمراد الأقارب الذين لهم رحم محرم لا مطلق الوارث[4].

4- الرحم المحرم يجب وصلها ويحرم قطعها وكل سبب مفض إلى القطع وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه، وقد تواترت الآيات والأحاديث في وصل الرحم.

القول الرابع:

---

(1) سنن أبي داوود: كتاب الأدب باب في بر الوالدين ج4، ص 336.

(2) المغني: ج9، ص 265.

(3) المبسوط: شمس الدين السرخسي ج5،ص209، دار المعرفة ،بيروت. د.ت.ط.

(4) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ج4، ص31.

تجب النفقة على الوالدين والمولودين، أي أصول المنفق عليه وفروعه، فولد الزنا هنا لا نفقة له إلا من أمه وأصولها، أو ولده إن كان له ولد، وهو قول المالكية والشافعية[1].

دليلهم في ذلك:

1- ما روى أبو داوود عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:« أمر رسول الله × بالصدقة فقال رجل يا رسول الله عندي دينار: قال تصدق به على نفسك، قال عندي آخر قال تصدق به على ولدك، قال عندي آخر قال تصدق به على زوجتك قال عندي آخر قال: أنت أبصر به[2]».

والحديث فيه دلالة على أنه لم يأمره بالإنفاق على غير هؤلاء، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين، ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة، وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم.

2- قوله تعالى:﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[سورة البقرة جزء من الآية:233]

يرجع إلى تحريم الإضرار وهو قول ابن عباس ترجمان القرآن لا إلى النفقة والكسوة فكان معناه: لا يضار للوارثُ الوارثَ باليتيم، كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدها[3].

3- سبب الإنفاق الواجب هي البعضية، فالولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب، كذا إحياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين (الوالد، الولد).

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم يظهر لي أن القول الأقرب إلى الصواب وجوب النفقة على الأولاد والوالدين بقدر إعسارهما ويسارهما، فلو كان الوالدين موسرين وابنهما معسر لم يجب عليه نفقتهما، وكذا إن كان الوالد معسرا فلا يجب نفقة ولده عليه، وهو موافق لقوله الله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، فتكون نفقة ولد الزنا على أمه وعصباتها".فإذا لم يكن له من ينفق عليه من الأبوين أهله بهما أو بها(أمه) فإنه كما جاء في ترتيب الولاية نفقته من بيت المال فإن السلطان ولي من لا ولي له، ويعتبر في جملة الأيتام واللقطاء نفقتهم في بيت مال المسلمين .

[1] حاشية الدسوقي: ج2 ص 522-523، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3،ص 447.

[2] سنن أبي داود: كتاب الزكاة ، باب في صلة الرحم، ج2 ص132.

[3] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ج4، ص 31.

كما قال عمر رضي الله عنه: لك ولاؤه وعلينا نفقته[1].

ثالثا: نفقة والد ولد الزنا ووالدته

ا نفقة والد ولد الزنا فإن النسب بينهما مقطوع لا يجب عليه نفقته، أما من ناحية أمه فإنها أمه شرعا، يجب عليه الإنفاق عليها، وقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة على الأصول والفروع[2].

ولحديث النبي ×:«إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه[3]».

ولقوله تعالى﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾[الإسراء الآية 23].

ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما، وأما نفقة أقاربه من جهة أمه فهي واجبة أيضا على تفصيل بين المذاهب كما رأينا.

فالحنفية يرون بوجوب النفقة على كل ذي رحم محرم يقدم الوارث على غير الوارث، فيجب عليه نفقة أخيه من أمه وأخواله وخالاته وجداته لأم[4].

أما المالكية والشافعية فيرون النفقة على الوالدين والمولودين فقط، فلا ينفق ولد الزنا إلا على أمه وأجداده وجداته لأمه[5].

وأما الحنابلة فيقولون في وجه أن النفقة تجب على والد الزنا لكل وارث من ذوي رحمه عند توريثهم والوجه الآخر عند الحنابلة أنه لا يجب عليه نفقة أي منهم (أقارب الأم) لأنه غير عاصب[6].

المطلب الثالث: حضانة ولد الزنا ورضاعه

الفرع الأول: حضانة ولد الزنا

---

[1] موطأ الإمام مالك: كتاب الأقضية، القضاء في المنبوذ، ص524.
[2] الشرح الكبير: أحمد الدردير ج2 ص 522، حاشية عميرة ج4، ص85. كشاف القناع ج5ص480.
[3] سنن أبي داود: كتاب الإجارة باب في الرجل يأكل من مال ولده ،ج3،ص288، 289.
[4] بدائع الصنائع: ج4 ص31.
[5] حاشية الدسوقي: ج2 ص 522 ، وانظر مغني المحتاج ج3،ص448.
[6] المغني: ج9، ص265.

أولا: تعريف الحضانة وأحقيتها : أ – تعريف الحضانة في اللغة:

حَضَنَه حضْنا: جعله في حضنه، يقال حضن الطائر البيض للتفريخ وحضن الرجل الصبي رعاه ورباه فهو حاضن.والحِضن: الصدر مما دون الإبط إلى الكشح وهو الخصر، المحضن: المكان تجثم فيه الحمامة على بيضها،ج محاضن[1]،والحاضنة: الدابة التي تقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها[2].

ب – تعريف الحضانة في الاصطلاح

هي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره، ولو كان كبيرا مجنونا[3].

وعرفها آخر:«حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه»[4].

وعرفها قانون الأسرة في المادة62:((هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا))[5].

ج – من له حق الحضانة

الحضانة للأبوين لكن جانب النساء مقدم في حضانة الصغير ذكورا وإناثا؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، وأصبر على القيام بأمورهم[6].

وذكر ابن عبد البر عن ابن وهب عن مالك قال:((الأم أحق بالولد ما لم تتزوج، ثم لاحضانة لها بذلك قضى أبو بكر على عمر فإذا أثغروا فوق ذلك فلا حضانة لها[7])).

وعلى هذا قول الجمهور من الفقهاء، فإن حق المرأة مرجح في حضانة ولدها على أبيه لأن الشارع أعطى لها حق الحضانة، ثم لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها، والأب يحضنه بأجنبية فكانت أمه أحظ له وأرفق به، وتستمر الحضانة إلى بلوغ الذكر مرحلة التمييز وبإنبات الأسنان، أما الأنثى فلحين

---

(1) المعجم الوسيط: باب الحاء، ص 379.

(2) القاموس الفقهي: سعدي أبو جيب، ص 93.

(3) الشرح الكبير: أحمد الدردير، ج2ص526 .

(4) شرح حدود بن عرفة: ص324

(5) قانون الأسرة حسب آخر تعديل: سلسلة تحت إشراف د.مولود ديدان، دار بلقيس،2006م، الجزائر.

(6) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ج 4، ص41.

(7) الإستذكار:ابن عبد البر المالكي ج7، ص 291 ،292.

الدخول بها بشرط السلامة من الجنون والزَّمانةَ، ولا يسقط حق الحضانة بالعقد ولا بالطلاق إلا بالدخول المحقق.

وأما الولد فاختلف في سن التخيير بين أبويه، فدل كلام ابن عبد البر إلى حين الإثغار وهو ما فوق ثمان سنين وهو سن التمييز، عندما يصبح الولد يلبس لوحده وينتعل بنفسه، ويقضي شؤونه الخاصة بمفرده، والأب أولى بالجارية حين البلوغ فإن كانت الأم غير مرضية في نفسها أدبها لولدها أخذ منها إذا بلغ، وهو قول الليث بن سعد(*) [1].

ا الحنفية فقالوا إن الحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو أنها تترك في أيديهن إلى أن تأكل وحدها، وتشرب وحدها، وتلبس وحدها، ثم تسلم إلى الأب[2].

ثانيا: شروط الحاضن وترتيباتهم

أ . شروط الحاضن: يشترط جمهور الفقهاء في الحاضن أن يكون عاقلا مسلما حرا، غير فاسق ولا لمزوَّجة من أجنبي عن المحضون، لأنها تشتغل بالاستمتاع عن الحضانة، وهذه الشروط بها قوام المحضون وكفايته، وقضاء حوائجه، وقد اشترط الفقهاء شروطا اختلفت عباراتهم فيها، فبالإضافة إلى العقل الذي يضاده الجنون ذكروا الكفاية وهي القدرة على القيام بشأن المحضون والعجز لكبر وما يناسبه من ذلك العمى والصمم والخرس والإقعاد.

ويشترط حرز المكان في البنت والولد يخاف عليهما، فتسقط حضانة ذي المكان المخوف[1].

وقد أثبت بعض المالكية الحضانة للمجوسية التي أسلم زوجها، مع مراقبتها في تغذيته بما يحرم من

---

(1) الإستذكار: ابن عبد البر ج7ص 292. أنظر المحلى: ابن حزم ج10ص323.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني، ج4ص43،.

(*)الليث بن سعد:أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن إمام أهل مصر في الفقه والحديث، كان مولى قيس بن رفاعة، وهو مولى عبد الرحمن بن خالد بن مسافر الفهمي وأصله من أصبهان، وكان ثقة سريا كتب من علم محمد ابن شهاب الزهري علما كثيرا، وسمع من نافع مولى ابن عمر، رضي الله عنهما. ولي القضاء بمصر ولد سنة اثنتين وتسعين للهجرة وقيل سنة أربع وتسعين في شعبان. وتوفي منتصف شعبان سنة خمس وسبعين ومائة ومائة ودفن يوم الجمعة بمصر في القرافة الصغرى، انظر وفيات الأعيان: ج2ص296.

(1) الشرح الكبير: أحمد الدردير، ج2ص 528، انظر التاج والإكليل لمختصر خليل: ج4ص216.

الأغذية، ويدخل في ذلك الكافرة ويشترط فيه أن لا تسافر الحاضنة بولد ولي المحضون سفر نُقلة؛ وهو ستة برد، فإن كان سفر الولي كذلك كان له أخذ المحضون من حاضنته[2].

ويأخذ حضانة أهل الذمة بمنزلة أهل الإسلام، لأن هذا الحق إنما يثبت نظرا للصغير وأنه لا يختلف بالإسلام والكفر وهذا تعليل وجيه، فإذا عقل الولد سقط حقها لأنها تعوده أخلاق الكفرة، وفيه ضرر عليه[3]،ومنع بعضهم حضانة الفاسق وأولى من ذلك الكافر وبه قال الشافعية والحنابلة[4].

ب . ترتيب الحواضن:

اتفق الفقهاء في كون الحضانة للأم ثم اختلفوا في ترتيب ما عداها.

المالكية يرون أن ترتيب ذلك يكون للأم، ثم أمها (الجدة) ثم الخالة (شقيقة أو لأمها أو لأبيها، ثم خالة الأم (أخت جدة الطفل لأمه)، ثم عمة الأم ثم جدة الأب (الجدة من جهة الأب)، ثم العمة له ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه وهي أخت الجدة (جدة الطفل)[5].

أما الشافعية فيرون مثل ذلك على أن تلي الأم الجدة من جهة الأم وأمهاتها المدْليات، ثم أمهات الأب ثم الأخوات ثم الخالات؛ فتقدم الأخت من أي جهة على الخالة، وتقدم بنت أخ أو بنت أخت على عمة[6].

والحنفية يفضلون الأخت على الخالة في رواية، وفي رواية يقدمون الخالة، يتقدم فيها الأقرب فالأقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم لأنه لا أقرب منها، ثم أم الأم، ثم أم الأب، لأن هذه الولاية مستفادة من قبل الأم، فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى، ا تكون أشفق ثم الأخوات ثم الخالات، وقال بعضهم تقدم الخالة على العمة[1].

---

[2] الشرح الكبير: أحمد الدردير، ج2 ص531.

[3] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني، ج4ص42.

[4] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربيني، ج3 ص455.

[5] حاشية الدسوقي: ج2 ص527. الشرح الكبير أحمد الدردير: ج2، ص527 .

[6] المرجع السابق: ج3 ص453، أسنى المطالب: زكريا الأنصاري، ج3ص452.

[1] الفتاوى الهندية: للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ج1ص541، دارالفكر 1411هـ.

ويرى الحنابلة في أحقية الأم بحضانة الطفل، م أمهاتها وإن علون، ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت حيث كانت (أخت الجد)، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقرب فالأقرب من النساء ثم عصابته الأقرب فالأقرب[2].

ثالثا: انتهاء الحضانة وتسليم المحضون

إن احتياج الولد للحضانة يختلف من الذكر إلى الأنثى فكل له حالته الخاصة، ويختلف حسب اختلاف وضعية الزوجين؛ ولذلك فرق الفقهاء بين حضانة البنت وحضانة الولد وانتهاء مدة الحضانة وتخييرهما بين أبويها.

ى المالكية أن الأم أحق بالجارية حتى تتزوج ويدخل بها الزوج، وأما الغلام فيرون أنها أحق به إلى التمييز فيخير بين أبويه، وروى أنه حتى يبلغ الحلم.قال مالك: ((إذا أثغر (*) فقد استغنى عنها[3])).

ولأن الإبنة تحتاج إلى الحفظ والمراعاة أكثر مما يحتاج إليه الإبن، وبلوغها لا يزيل ذلك ولأنها معرضة للأزواج، والأزواج يرغبون فيمن يكنفها أبوها وأمها، ومن لم تخرج عن حضانتهما ومرا باتهما أكثر من المتخلية بنفسها فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها، وبعبارة أوضح فإن الحضانة ترجع إلى مصلحة المحضون ذكرا كان أو أنثى.

قال ابن العربي: «الحضانة بدليل الآية للأم والنفقة للأب لأن الحضانة مع الرضاع[4]».

ويرى جمهور الفقهاء على خلاف بينهما في تخيير الولد بين أبويه عند بلوغه سبع سنين، أو البلوغ فقيل يخيَّر الولد بين أبويه بالسنَّة الصحيحة الصريحة المحكمة، والأصول الصحيحة فإن اختارهما أولم يختر أحدا أقرع بينهما وكان لمن أقرع، وإذا اختار أحدهما ثم عاد فاختار الآخر نقل إليه وهكذا أبدا[1].

---

(2) العدة شرح العمدة: ج2 ص 76،77 وانظر:زاد المستنفع ص 214 .

(3) التلقين: القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، ص350.

(4) أحكام القرآن: ابن العربي، ج1ص227.

(*)يثغر: أثغر نبتت أسنانه، وثَغَرَ الغلام ثغْرًا: سقطت ثنيتاه أنظر: (القاموس الفقهي ص51).

(1) زاد المعاد في هدي خير العباد: ج4ص324 .

وتخصيص زمن التخيير بالسبع يرجع إلى أنه أول سن التمييز بين الأشياء، ولذلك قال النبي ×:مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع" وحيث كان مأمورا بالصلاة والطهارة في هذه الحالة وصحتا منه دل ذلك على ما ذكرنا[2].

وهناك رأي آخر للحنابلة في عدم تخيير البنت إذا بلغت أو قاربت البلوغ، وأن التخيير إنما يكون في الصبي (الذكر) دون الأنثى لورود النص في ذلك فقد جاء أن النبي×: خيَّر غلاما بين أبيه وأمه[3]. وقصة رافع بن سنان الأنصاري(*) أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي × فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع: ابنتي فقال له النبي ×: اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية وأقعد الصبية بينهما ثم قال:ادعواها فمالت إلى أمها، فقال النبي×: اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها[4].

وعلى ما قرره الفقهاء والمفتون في كل مصر وفي كل عصر أن الأمر يدور مع مصلحة المحضون وتعيين أحد الأبوين أيهما أصلح، فمالك وأبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عينوا الأم وهو الأصح دليلا، وأحمد رحمه الله في المشهور عنه واختيار عامة أصحابه عينوا الأب.

فمن رجح الأم فإنه قد جرت العادة بأن الأب يتصرف في المعاش والخروج ولقاء الناس، والأم في خدرها مقصورة في بيتها، فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك وعينها عليها دائما بخلاف الأب فإنه غالب الأوقات غائب عن البنت والبيت، وليس في الشرع نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا، ولا تخيير

---

[2] مجلة العدل العدد: فتوى للعلامة عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن إسماعيل الزريراني البغدادي الحنبلي ص147، 22 شوال 1427 تحقيق .د. أحمد بن صالح آل عبد السلام.

[3] سنن الترمذي كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ماجاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا،ص413 .

[4] سنن أبي داوود كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين ص390،391 وهذا الحديث اختلف العلماء في صحته، واختلف في وصف الولد هل كان ذكرا أو أنثى، ولا يصح التخيير بين مسلم وكافر، ورمز الشيخ الألباني إلى الحديث بالصحة في سنن أبي داوود ص390.

(*)رافع بن سنان يكنى أبا الحكم، هو جد عبد الحميد بن جعفر روى عن النبي × في تخيير الصغير بين أبويه، وكان أتى النبي × حين أسلم وأبت امرأته أن تسلم.انظر: الإستيعاب في معرفة الأصحاب ابن عبد البر القرطبي ج1 ص288 ، دار الفكر 1426هـ 1427هـ،2006م.

الولدين الأبوين مطلقا والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا بل لا يقدم ذو العدوان على البر العادل المحسن[1].

ورأي الجمهور هو الذي نميل إليه وهو الراجح لأنه أقوى وأولى بالأخذ والتطبيق، لرعاية حق المحضون، ومرونته لدى جميع الأطراف (الحاضن والمحضون).

رابعا: مذاهب الفقهاء في ترتيب الحواضن لولد الزنا

الزنا قد انقطع نسبه من قبل أبيه فلم يبق له إلا جهة الأم وأقاربها من الإناث؛ كالجدة والخالة وخالة الأم والعمات والأخوات من الأم وأبناء الأخوات لأم وغيرهن، ومع هذه الجهة الواحدة فإن الفقهاء اختلفوا في ترتيب الحواضن.

1 . مذهب الحنفية: يرى الحنفية أنه تقدم بعد الأم أمها ثم الأخت لأم ثم بنت الأخت لأم ثم الخالة ثم بنت الأخ لأم ثم خالة الأم[2].

2 . مذهب المالكية

لما سقط حق الأب في الحضانة لانقطاع النسب فأصبح المحضون يتقلب بين حواضنه من محارم المرأة وعصباتها. فالأم تقدم ثم أمها (الجدة لأم) ثم الخالة(أخت أمه) ثم خالة الخالة، وعمة أمه وعمة خالته وهكذا في الترتيب، تقدم ذوات محارمه ويشترط أن تكون محرمة عليه(المحضون) فإن كانت ذات رحم ولم تكن محرمة عليه كبنت الخالة وبنت العمة، لم يكن لها حق في الحضانة[3].

وهذا من محاسن الإسلام حيث تُبنى العلاقات على نفي الشبهات، والابتعاد عن كل ما يلوِّث النسب من العلاقات فلم تبقى إلا العلاقة الشرعية، فلا نسب بينه وبين محارم أبيه.

3 . مذهب الشافعية

---

(1) زاد المعاد: ج4 ص237-239.

(2) بدائع الصنائع: ج4 ص41.وأنظر البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ابن نجيم الحنفي ج4 ص182.

(3) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، ج2 ص66. وانظر الشرح الكبير للدردير: ج2،ص527.

أحق بحضانة ولد الزنا بعد أمه أمها، ثم الأخت لأم، ثم الخالة ثم بنت الأخت لأب، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الخالة ثم خالة الأم[1]،وهذا بعد إسقاط جهة الأب.

4 . مذهب الحنابلة

ب بعد الأم أمهاتها ثم أخت لأم (الجدات)، ثم خالة لأم، ثم بنت الأخ لأم، ثم خالة الأم، ثم عمة الأم[2].

5 . ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة :

طبقا للمادة64 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/2/27م المعدل والمتمم لقانون الأسرة، أن "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[3]".

زاوج قانون الأسرة الجزائري المعدل بين رأي الفقه الشافعية والحنفية الذين يقدمان الجدة من جهة الأم ثم جدة الأب باتفاق المذهبين ويقدم العمات وأخرى يقدم الخالات، فاختار تقديم الخالات على العمات ثم الأقربون درجة بالنسبة إلى المحضون وذلك صونا له، والمحافظة عليه لينشأ سليم البدن والفكر تراعى مصلحته قبل البلوغ، وتلبى اختياراته بعد الرشد، ولا يرسل وشأنه إلا بسن يكون فيها راشدا، مع اختلاف في السن بين الذكر والأنثى.

وعند إسناد الحضانة للجدة من الأم، يجب تبيان معايير مصلحة المحضون، وعند عدم تبيان ذلك يكون القضاء مفتقدا للأساس القانوني وعليه يتعرض القرار للنقض[4].

وعند عدم الحواضن من النساء هل تنتقل الحضانة إلى الذكور من ذوي الأرحام وهم أقارب الأم كالجد من الأم والأخ والخال وغيرهم؟ أم يرجع ذلك إلى الإمام أو نائبه؟.

---

(1) منهاج الطالبين وعمدة المفتين، للنووي ص121 .الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ج2ص 489.

(2) الروض المربع شرح زاد المستقنع: البهوتي ج3ص 248.وانظر العدة شرح العمدة ج2ص 76،77.

(3) قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا: نبيل صقر،ص247، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.

(4) ملف رقم 424292 قرار بتاريخ 2008/02/13م. قضية (ب . ع)ضد (أ ف) مجلة المحكمة العلياع1/ 2008م.

القول الأول:

تنتقل الحضانة عند فقد الحاضن من النساء من العصبة إلى ذوي الأرحام وهو قول الحنفية[1].

والشافعية[2]، ووجه عند الحنابلة أنها تنتقل إلى العصبات من الرجال الأقرب فالأقرب[3].

القول الثاني:

عند عدم وجود العصبات من النساء تنتقل الحضانة إلى الوصي وغيره من إمام المسلمين والقاضي باعتبار الصيانة والشفقة، فيقدم من كان عنده صيانة، أوشفقة للمحضون[4]وهوقول للمالكية.

الفرع الثاني: رضاعة ولد الزنا

أول ما يجب من رعاية المحضون ترتيب المراضع والقيام بذلك، وهي من مسؤولية الأم، وقد أطلق عليها بعض الفقهاء بالحضانة الصغرى، وهي وضع الولد في الحجر وإلقامه الثدي في مدة الإرضاع المشروعة، لقوله تعالى:﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[سورة البقرة جزءالآية:233].

أولا: **تعريف الرضاعة في اللغة والإصطلاح**

أ. تعريف الرضاعة في اللغة

رضِع الصبي أمه بالكسر رَضاعا بالفتح لغة نجد، والأُولى لغة تهامة، فهو راضع ج رُضَّع وهو رضِعٌ ج رُضُعٌ، ومعناه امتص ثديها. والرَّضاعة بالفتح والكسر الإسم من الإرضاع، فأما من الرَّضاعة اللؤم فالفتح فقط[5]. وامرأة مرضع: أي لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة والمرضعة الأم

والمرضع التي معها صبي ترضعه، والمرضعة الفاعلة للإرضاع والمرضع ذات الرضيع[1].

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ج4 ص41. البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ج4 ص182.

(2) منهاج الطالبين وعمدة المفتين: يحي بن شرف الدين النووي، ص121.دار المعرفة، بيروت د. ت. ط.

(3) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشربيني الخطيب، ج2 ص490. الروض المربع،ج3ص248.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج2 ص 528.

(5) تاج العروس من جواهر القاموس: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، ج21 ص95، 96.

ب . تعريف الرضاعة في الاصطلاح

الرضاع: بالكسر والفتح: مص (الرضيع) من ثدي آدمية في وقت مخصوص[2].

عرفه ابن عرفة(*) بقوله:« الرضاع عرفا وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء[3]».

ثانيا: رضاعة ولد الزنا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

أ . في الفقه الإسلامي:

القيام بالصغير فرض كفاية إن قام به قائم وإلا سقط وتعين على الأب والأم، ويتعين على الأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال، أو كان لا يقبل ثدي سواها[4].

وحالة ولد الزنا لا أب له فيتعين على الأم إرضاع ولدها.

جاء في الذخيرة :" وأما المرضعة فالأم مطلقا لأن الزنا لا ينافي الأمومة[5].

وبالجملة فإن رضاع الصغير يجب على الأم بلا أجرة إن كانت ممن يرضع مثلها، ولا يجب عليها الرضاع إلا إذا تعينت لذلك إن لم يوجد غيرها، وأوجب الشافعية عليها إرضاعه اللِّبأ(*)[6].

أما الحنفية فيرون أن وجه الوجوب عليها الإرضاع ديانة لاقضاء[1].

---

[1] مختار صحاح: ص164.

[2] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلغي ج2 ص181.

[3] شرح حدود بن عرفة: ص 316 .

[4] التاج والإكليل لمختصر خليل: ج4 ص 214.

[5] حاشية الدسوقي: ج2 ص 525 ، الذخيرة ج4 ص273.

[6] نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ج5 ص295.

(*) ابن عرفة محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، أبو عبد الله:(716،803 هـ)،(1316، 1400م)، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره.تولى إمامة الجامع الاعظم سنة 750هـ، وقدم لخطابته سنة 772هـ وللفتوى سنة 773.من كتبه المختصر الكبير في فقه المالكية، والمختصر الشامل في التوحيد، و مختصر الفرائض و المبسوط في الفقه سبعة مجلدات، والطرق الواضحة في عمل المناصحة،والحدود في التعاريف الفقهية.انظر الأعلام للزركلي ج7 ص43 ،معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة: ج3ص683.

(*) اللِّبأ: ما ينزل بعد الولادة من اللَّبن،ويرجع في معرفة مدّة بقائه لأهل الخبرة،انظر الموسوعة الكويتية ج22ص239.

وعليه فإن اليتيم (فاقد الأب) يؤخذ من ماله لإرضاعه إن كان له مال، فإن لم يكن له مال وتوجب إرضاعه على الأم أرضعته بكل حال، بشراء أو أجرة، فإن لم تجد كان رضاعه في بيت المسلمين لأنه صار من الفروض الكفائية .

ب . الرضاعة في قانون الأسرة

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى مادة الرضاعة ظنا منه أنها تندرج ضمن الحضانة يحكم بها للحاضن والنفقة على الزوج بما فيها الرضاع، لكن في حالة النزاع بين الحاضن[الزوجة] والولي [الزوج] أو مايقوم مقامهما فمن يتولى الإرضاع ومؤونة الولد، هذا ما لم يشر إليه القانون، لكن فقها يرجع في ذلك إلى العرف؛ فإن كانت ممن يرضع مثلها عادة، أو لم يوجد غيرها تعين عليها ذلك، فإن جرى العرف باتخاذ المراضع أو شراء اللبن كان ذلك في مال الزوج يؤمر به إل الولد نفقة.

جاء في المادة (75 ق أ) « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب».

والنفقة حسب المادة(78 ق أ) تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وحددت المادة (79ق أ): «يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقريره قبل مضي سنة من الحكم[2]».

فمن ضمن النفقة رضاعة الصغير، وتلبية جميع مطالبه المادية منها والأدبية بوجه عام، لكن الفقه الإسلامي كان دقيقا، وذلك بتعرضه لحالات قد تمتنع الأم، أو يقل لبنها أوعادة بعض النساء في عدم الإرضاع وغيرها من الحالات الواردة والمستجدة

المطلب الرابع:كفالة ولد الزنا

---

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ج4 ص180.

(2) قانون الأسرة حسب آخر تعديل له أمر رقم 05. 02المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 مرسوم تنفيذي رقم 06. 154 مؤرخ في 2006/05/11.

الفرع الأول: مفهوم الكفالة في الفقه

أولا: تعريف الكفالة في اللغة والإصطلاح

أ . تعريف الكفالة في اللغة

الكافل والكفيل الضامن، والأنثى كفيل(ج)كفل وكفلاء.كفل بالرحل يكفل يكفل وتكفل به ضمنه، الكافل: القائم بأمر اليتيمالمربي له.الكافل الذي كفل إنسانا يعوله وينفق عليه[1].

كفل الحمال الرجل، وبالرجل كفلاوكفالة:ضمنه، والكافل الضامن[2]،ويطلق عليها كفالة وحمالة وضمانة وزعامة.

ب . تعريف الكفالة في الإصطلاح:

الكفالة في الإصطلاح قريبة من معناها اللغوي فتأتي في معنى الإنفاق والقيام بأمر اليتيم

وتأتي مرادفة للحضانة وهي: القيام بأمر المحضون ومصالحه وتربيته وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة[3]، وهي مرتبة من مراتب الولاية على النفس، وفرع من فروعها.

ج . دليل مشروعيتها:

الصغير الذي لم يستقل بنفسه يجب إعانته ونصحه قال الله تعالى حاكيا على لسان أخت موسى﴿هَلۡ أَدُلُّكُمۡ عَلَىٰٓ أَهۡلِ بَيۡتٖ يَكۡفُلُونَهُۥ لَكُمۡ وَهُمۡ لَهُۥ نَٰصِحُونَ﴾[سورةالقصص الآية12].

وقال تعالى في مريم بنت عمران﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّآۖ ﴾[سورة آل عمران الآية 37].

(1) لسان العرب: ج 4، ص766 .

(2) القاموس الفقهي: ص321،322.

(3) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني: أبو الحسن المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي،ج2 ص 167، دارالفكر1412هـ لبنان.

ومن السنة أن النبي × أوقف الحد عن الأم الحامل في قصة المرأة الغامدية التي زنت فأتت إلى النبي× فقالت: يا رسول الله إني قد زنيت فطهرني، فردها النبي × حتى تضع حملها فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته، قال لها:«إذهبي فارضعيه حتى تفطميه»، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة من خبز، فقالت هذا يانبي الله قد فطمتُه وأكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجلٍ من المسلمين ثم أمر بها فحفر إلى صدرها وأمر الناس فرجموها[1].

فالحد حق الله ورغم ذلك يوقف من أجل حمْلٍ ولو كان من الزنا، حتى تلده أمه وترضعه وتفطمه[2]، فكفالة الولد وإرضاعه حتى الفطام مقدم على إقامة الحد، وهذا دليل صريح في وجوب الكفالة، لأنها من حقوق العباد يجب أن لا تضيع، فحق العباد مقدم على حق الله.

وقد أجمعت الأمة على إيجاب كفالة الصغار حتى يستغنوا بأنفسهم عن غيرهم؛ لأن الإنسان يولد ضعيفا مفتقرا إلى غيره ممن يكفله ويحفظه حتى يستغني بنفسه عن غيره.

ثانيا: موجب حق الكفالة ونظام التكافل

إن كفالة الصغير أوجبها الشرع الحنيف حماية وحفاظا للأنفس، وهي على الأب؛ فولاية الأب وكفالته لأولاده ولاية أصلية تثبت تلقائيا على الصغير بسبب الأبوة، وولاية الجد تثبت عند فقد الأب فولايته أصلية لا نيابية، لأنه استمدها من الشارع لامن شخص آخر، فكلما ولد للجد ولد وجب عليه كفالته وحضانته، فإذا فقد الأولياء وأصبح الولد يتيما فإن كان قد أوصى بأولاده لوصيٍّ ثبتت ولايته بالنيابة وتولى الوصيُّ مقام الأب في القيام بشؤن من في ولايته، أو تصدر الولاية من الجد، أو القاضي يقيم وصيا على الصغار؛ فإن كان الوصي أقامه الأب أوالجد سمي بالوصي المختار، أما إذا أقامه القاضي فيسمي وصي القاضي.

ووصي الأب لا يكون تصرفه نافذا إلا بعد موت الموصيِ، حينها يتعين على الوصي القيام بالوصاية وشؤون من تحت وصايته.

أما وصي القاضي فيشترط أن يكون كامل الأهلية، وأن يكون عدلا أمينا قادرا على إدارة شؤون

---

[1] صحيح مسلم: كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى، ج2ص52.

[2] النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي:أحمد نصر الجندي، ص90. دار الكتب القانونية2006م.

من له الوصاية عليه، ويتعين عليه أن يكون متحدا معه في الدين، وفي بعض الحالات لا يكون للصغير ولي، ولا وصي، ولا حاكم، ولا قرابة؛ كتعيُّن الولد لقيطا منبوذاً نبذه أهله كما هو واقع في كثير من لمجتمعات خشية عار الزنا، أو خشية الفقر، فالعرف الجاري عند المسلمين الإسراع في كفالته وأخذه والقيام بشؤنه فيكون كافلا مختارا بمنزلة الوصي.

والقيام بواجب التبرع بالكفالة لليتيم نزلت منزلة العرف عند المسلمين، فكانت كالنص في الوصاية[1]، فكل مسلم التقط لقيطا وأراد كفالته فله ذلك، فإن أصاب شيئا فعليه وإن مات ورثه.

ثالثا: نظام التكافل

من محاسن الإسلام الإحسان إلى اليتيم والتحاض على رعايته، فقد أوصى النبي × بذلك فقال:« أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة[2]»، فهذا نظام الإسلام وهديه، وهو قائم بالنفوس التي تستشعر سلطان الإسلام وحلاوة الإيمان، قبل أن يكون قائما بالهياكل والترتيبات الإدارية.

فنظام الإسلام قد جعل لهؤلاء الأبناء نظاما كان على عهد عمر رضي الله عنه حينما قال لمن وجد منبوذا: هو حرٌّ، لك ولاؤه وعلينا نفقته[3].

وهو واجب متعلق بذمم المسلمين ومن ينوب عنهم من الحاكم حتى يقيم للصغير من يكفله ويقوم على تربيته؛ ويقع في البوادي وغيرها أن يموت الأب ولا يوصي على أولاده اعتمادا على أخ أوعم أو جد، ويكفل الصغار مَن ذُكِر"فالعرف الجاري بتوليه أمر اليتيم والنظر في شأنه كالنص على وصايته[4]" فكانوا يعتمدون على الأخ الأكبر،أو أم ، أو العم.

الفرع الثاني: نظام الكفالة في القانون وجريمة إبعاد القاصر

أولا: مفهوم الكفالة ونسب المكفول

أ ـ مفهوم الكفالة:نص قانون الأسرة في الفصل السابع في المادة (116)على الكفالة، فجاء فيه:«الكفالة

---

(1) النفقات والحضانة والولاية على المال : أحمد نصر الجندي ص245.

(2) صحيح البخاري: كتاب الطلاق باب اللعان ج3، ص418.

(3) موطأ الإمام مالك: ص524.

(4) الشرح الكبير للدردير: ج3 ص300 ، حاشية الدسوقي: ج3 ص301.

إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الولد بابنه وتتم بعقد شرعي[1]».

فالمكفولين عادة ما يكونوا مجهولي النسب (ابن زنا أو مجهول الأب) وفي بعض الأحيان يكون معلوم النسب؛ كالكفالة التي تتم بين أقرباء لكفالة شخص كابن أخيه، مع رضا الطرفين وزوجاتهما، وفي هذه الحالة تكون إرادة آباء الطفل بارزة وذلك بالتكفل بهذا الطفل محل الكفالة.

ويقوم الكافل بالمكفول بكل مايحتاجه من طعام، وشراب، وكسوة، وتعليم وتربية وتأديب، وما يلزمه من دواء وما يحتاجه من أدوات، وكتب للتعليم، وينال الأب الكافل تجاه مكفوله المنح العائلية والتأمينات الإجتماعية،كما يلتزم المكفول بحفظ حق كافله بما يقوم مقام الأبوة من الإحترام والتقدير، والطاعة وامتثال الأوامر وقبول النصائح والإرشادات.

وتتكفل المستشفيات بواسطة المساعِدة الإجتماعية حماية الأم ومولودها الحماية المادية والأدبية، حيث نصت المادة(245)على أنه إذا كانت نزيلة المستشفى تطلب أن تستفيد من سرية قبولها في المستشفى لأجل حفظ السر المتعلق بالحمل أو الولادة وجب تلبية طلبها ولا محل لطلب أي وثيقة تعريف ولا إجراء أي تحقيق[2].

ب . نسب المكفول

وللكفالة صلة بالنسب حيث تشير إلى الولد كونه معلوم النسب أو مجهوله يجب حمايته ومساعدته.

ونصت المادة (120ق. أ)على أن الولد المكفول يحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب فإن كان مجهوله كونه لقيطا وغيره تطبق عليه المادة(64) من قانون الحالة المدنية فقد نصت في الفقرة الرابعة :«يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين، والذين لم ينسب إليهم المصرح أية أسماء تعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي[3]».

---

[1] قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، أمر رقم02.05 المؤرخ ف27 فبراير 2005م.

[2] الوجيز في شرح قانون الأسرة: بلحاج العربي، ج1 ص196. ديوان المطبوعات الجامعية2002م.

[3] نظام الحالة المدنية في الجزائر: عبد العزيز سعد، ص121.

أما الطفل مجهول النسب أومعلومه من جهة أمه فقط فإن الأمر مختلف، ويتوجب على الكافل أن يرسل طلبا إلى مدير مصلحة المساعدة الإجتماعية للطفولة باعتباره وليا عنهم قد تخلى عنهم ذووهم نهائيا، أو مرَّ عليهم مدة زمنية حدها الأدنى ثلاثة شهور وستة شهور كحد أقصى.

فإذا كان الكافل هي الأم فلها أن تسترجع ابنها خلال المدة المذكورة أما إذا انتهت فيصبح الطفل تحت ولاية مراكز الإستقبال، ويرجع الأمر إلى المدير الذي له حق القبول لإتمام عقد الوكالة أمام الموثق كخطوة ثانية لاستكمال الإجراءات اللازمة.

أما المرحلة الثانية فتكون من نصيب الموثق في كافة التراب الوطني، تخص الكافل والمكفول بالشروط اللازمة لذلك ثم يكون الفصل الأخير من طرف القاضي بعد إيداع الملف بين يدي العدالة، ويكون قرار الكفالة باتا، ولا يسقط إلا في حالة سقوط السلطة الأبوية من الكافل، أو استحال قيامه بهذا الواجب، وباستصدار حكم قضائي يرسل منه نسخة إلى ضابط الحالة المدنية في مدة لا تتعدى شهرا واحدا من تاريخ صدوره، قصد التأشيرة على هامش عقد ميلاد الطفل المكفول لإثبات شرعية كفالته.

ثانيا : جريمة إبعاد القاصر

أ – إبعاد القاصر أو تشويه وتزوير شخصيته

كل ما يلحق القاصر من تصرفات فيها تلبيس لشخصية القاصر كاستبدال مولود بآخر، أو إخفائه، أو تقديمه على أنه ولد لامرأة لم تضع، أو نقله إلى مكان آخر ، ظروف من شأنها يتعذر التحقق من شخصيته، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 000 دج إلى 1 000 000 دج .نصت على ذلك المادة (321)من قانون العقوبات[1].

– وإذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100 000 دج إلى 500 000 دج . وإذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالسجن من شهر إلى شهرين وبغرامة من 10 000دج إلى200 000 دج.

---

[1] قانون العقوبات حسب آخر تعديلات 2009م، قانون رقم 23.06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م.

- وإذا أقدم شخص على تقديم ولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا، بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه، فيعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من100 000دج إلى500 000 دج.

ب – جريمة خطف أو إبعاد قاصر بدون عنف ولا تحايل

تنص المادة (326 ق .ع)كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشر من عمره، وذلك بغير عنف أو تهديد، أو تحايل، أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دينار جزائري.

وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة، أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله[1].

لا يشترط في هذه الجريمة المنصوصة والمعاقب عليها بالمادة (326) من قانون العقوبات أن يبعد القاصر من المكان الذي تم وضعه فيه من وكلت رعايته، بل تقوم في حال ما إذا رافق القاصر الجاني بمحض إرادته، وسواء كان الإبعاد عن الوسط الذي يعيش فيه، أو حتى المكان الذي من المعتاد أن يجلس فيه الطفل[2].

وتنص المادة: (327) من قانون العقوبات: (كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالسجن من سنتين إلى خمس سنوات[3]).

يقصد بهذا الولد المحضون عند حاضنيه إذا لم يسلم لأحد أبويه أو من له حق عليه، ويثبت ذلك بواسطة المحضر القضائي الذي يرافق صاحب الحق في المطالبة بالرؤية أو التسليم، إن انقضت مدة الحضانة قانونا أو حكما كسفر الحاضن أو عجزه أو أمر آخر.

---

[1] قضية رقم 128928 قرار بتاريخ 1995/01/03 ، المجلة القضائية عدد:1 سنة 1995م.

[2] تقوم الجريمة في حق من خطف أو أبعد قاصر حتى و لو كان هذا الأخير موافقا على اتباع خاطفه جنائي 1971م تشترط المادة 326 لتطبيقها فعل الخطف أو الإبعاد ، بحيث إذا ثبت أن القاصرة تعمدت الهروب من بيت والدها من تلقاء نفسها دون تدخل المتهم أو بتأثير منه انتفت الجريمة قرار صادر بتاريخ: 1998/01/05.

[3] قضية رقم 130691 قرار بتاريخ 1996/07/14م، المجلة القضائية عدد01 سنة 1997.

قرار المحكمة العليا : ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن لم يعلن صراحة عن رفضه لتسليمه البنتين هما رفضتا الذهاب إلى والدتهما كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي، ومتى كان كذلك فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقا للقانون لعدم توفر الركن المادي.

المطلب الخامس: ميراث ولد الزنا وولد الملاعنة والإقرار بالوارث

الفرع الأول: ميراث ولد الزنا

أولا: تعريف الإرث في اللغة والإصطلاح

أ – تعريف الإرث في اللغة

ورث فلان المال يرثه وِرْثا ووَرثا ورِثَةً ووِراثة صار إليه بعد موته، والإِراث والإِرث والتُّراث واحد التراث والوِراث والوَرث والوِرث والميراث ما يخلفه الرجل[1].

ب – تعريف الإرث في الإصطلاح:

وهو الفقه المتعلق بالإرث، وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة[2].

تعريف آخر: «هو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث[3]».

ثانيا: ميراث ولد الزنا ووالده وأخيه التوأم

أ – التوارث بين ولد الزنا وأبيه الزاني:

أصل التوارث بين الناس هو وجود سببه ومنه النسب، فإن لم يوجد نسب فلا إرث لانعدام الصلة بين الوارث والمورِّث، وابن الزنا مقطوع النسب من جهة أبيه، فلا يرث منه ولا من تفرَّع منه. ولا يرث ممن أدلى به من الجد، والعم، والأخ، كما لا يرث الأبَ، ولا ممن أدلى به من هذا الولدِ ولا ممن تفرع منه[4].

ب – التوارث بين ولد الزنا وأخيه التوأم:

إذا زنت المرأة فولدت توأما مات أحدهما وبقي الآخر، فقد اختلف الفقهاء في توريثه إلى قولين: **القول الأول:** أن الأخ يرث ميراث الأخ والأم وهذا القول مشهور عند المالكية[5].

---

(1) المعجم الوسيط: ص 1024 .

(2) مواهب الجليل: ج6،ص406

(3) الفقه المالكي وأدلته: حبيب بن طاهر ج4، ص 301.

(4) بدائع الصنائع ج3، ص 248.

(5) الذخيرة : ج13 ص 18.

وهو قول للحنفية والشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة[1].

ما معلومي النسب من جهة الأم أما من جهة الأب فلإنقطاع النسب وليس بينهما شبهة في نهما أخوان شقيقان، ولأنهما يتعذر استلحاقهما لقول النبي ×: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

القول الثاني:

أن الأخ يرث أخاه قِبل الأم والأب؛ لأنه د علم أنهما لأب واحد كما أنهما لأم واحدة، وهو مذهب ابن نافع من المالكية فقد روى عنه أن توأما الزانية يتوارثان من قبل الأم والأب، بدليل أنه لو عرف أبوهما لورثاه، وأنه لو استلحقهما لحقا به، ولإجماعهم على أنهما يرثان أمهما وترثهما وهو مذهب أبي حنيفة وإبراهيم النخعي وإسحاق بن راهويه[2].

رواية عن الإمام أحمد التوارث بين ولد الزنا وبين أمه ومن أدلى بها[3].

والمعلوم أنه ليس لأهل العلم خلاف في أن ولد الزنا كابن الملاعنة يرث من أمه لأنه منسوب إليها في كل الأحوال، وإذا مات ولد الملاعنة وولد الزنا ورثت أمه حقها في كتاب الله، وإخوته لأمه حقوقهم، وما بقي فلجماعة المسلمين[4].

الفرع الثاني: ميراث ولد الملاعنة واللقيط

ولد الملاعنة هو من جاءت به أمه على فراش الزوجية الصحيحة، ونفاه الزوج وتمت الملاعنة أمام القاضي وحكم بنفي نسب الولد من أبيه وأُلحق بأمه، وسواء التعنت الزوجة أم لا؛ لأن باللعان ينتفي الولد من الملاعِن[5]، وأما أمه فترثه على كل حال، دليل ذلك:

دخوله في عموم توريث الأم الوارد في آيات الميراث لأن كل أم لها السدس،أو الثلث وهذه أم فلها ذلك[6]

---

(1) الإنصاف: المرداوي ج7 ص 308، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري ج3،ص20.

(2) البيان والتحصيل: ابن رشد تحقيق محمد حجي،ج6 ص406 دار الغرب الإسلامي لبنان ط1408/2هـ 1988م

(3) المرجع السابق: ج7 ص308 .

(4) الأم : الشافعي ج 4 ص 82.

(5) المنتقى: الباجي ج 6.ص 255.

(6) بداية المجتهد: ج2.ص35

- اللعان لا يبطل نسبه من جهة أمه[1].

ويرثه مع الأم إخوته من أمه فإنهم يرثون معه[2]، وفي نصاب الأم قولان:

القول الأول:

ما جاء في الموطأ عن يحيى عن مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا: أنه إذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل وإخوته لأمه حقوقهم، ويرث البقية موالي أمه إن كانت مولاة، وإن كانت عربية ورثت حقها، وورث إخوته لأمه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين، قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك، وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا[3].

وحكم ولد الزنا كولد الملاعنة لأنه بمنزلته[4].

أما ما بقي من بعد أخذ الأم وإخوته حقوقهم، فهو للمسلمين، ولا يكون لعصبتهم شيئا[5].

وهو مذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت، وبه قال أبو حنيفة ومالك، والشافعي، وأصحابه.

إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوي الأرحام أولى من جماعة المسلمين[6].

واللعان مانع من سبب الميراث الذي هو الزوجية فعدم الإرث فيه لانتفاء السبب لا لوجود المانع، إذ المانع بجامع السبب ولا سبب هنا، وأما بين الزوج وولده فمانع للحكم لأنه لو استلحقه ورث[7].

القول الثاني :

أنهم يُنزِلون الأم منزلة الأب تأخذ حقها وما فَضَل فلها ولعصبتها[8].

---

(1) المنتقى: ج6 ص 33 .

(2) نفس المرجع: ج6 ص33.

(3) شرح الزرقاني على موطأ مالك: كتاب الفرائض ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ج3 ص160.

(4) المعونة: ج2. ص 1173. انظر المغني: ج7ص130.

(5) المدونة: ج 3 ص 86.

(6) بداية المجتهد: ج 2 ص 355 .

(7) الفقه المالكي وأدلته: الحبيب بن طاهر ج4 ص 361.

(8) بداية المجتهد : ج2،ص355.

جدول رقم:(3)

الأم	الأخ لأم		
3/2	3/1 فرضا	عند الحنفية	
2	1		
3/2	6/1والباقي تعصيبا	عند الحنابلة	
4	1 + 1		
3/1	6/1	عند المالكية والشافعية	والباقي لبيت المال إن انتظم وحيث انه غير منتظم فيكون للام الثلثان وللأخ الثلث، كما يقول الحنفية
2	1		

دليلهم أصحاب هذا الرأي ما روي من حديث ابن عمرأن النبي ×، أنه ألحق ولد الملاعنة بأمه. قال ابن شهاب فكانت السنة بعدها أن يفرق بين المتلاعنين، وكانت حاملا وكان ابنها يدعى لأمه، قال ثم جرت السنة في ميراثها أنها ترثه ويرث منها ما فرض الله له[1]وحديث مكحول قال: جعل رسول الله × ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها[2].وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي × بمثل ذلك خرّج ذلك أبو داوود وغيره.وحديث واثلة بن الاسقع عن النبي ×:«المرأة تحوز ثلاث مواريث: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه [3]».

---

(1) صحيح البخاري: كتاب التفسير ، سورة النور باب والخامسة أن غضب الله عليها ج5ص2033.

(2) سنن أبي داوود: كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة،ج3 ص125.

(3) سنن ابن ماجة: أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني كتاب الفرائض باب تحوز المرأة ص635.

قال ابن رشد: (هذه الآثار المصير إليها واجب، لأنها قد خصصت عموم الكتاب، والجمهور على السنة يخصص بها الكتاب، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث، أولم تصح عندهم وهذا القول مروي عن ابن عباس وعثمان، وهو مشهور في الصدر الأول، واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فإن هذا ليس يستنبط بالقياس[1]).

القول الثالث:

أن عصبته هم عصبة أمه، فيرثون ما تبقى بعدها ومن معها من أهل الفروض، أو يرثون المال كله عند عدم الأم ومن معها من أصحاب الفروض، وهذا القول مروي عن بعض الصحابة كعمر، وعلي وابن عباس، وابن مسعود، وابن عمر وإحدى الروايتين عن أحمد[2].

ونصت المادة (41) من قانون الأسرة الجزائري على توريث ولد الملاعنة من أمه وفيها:« ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية، فإن لاعن الرجل ونفى نسب الإبن كان إرثه من أمه وقرابتها».

وجاء في المادة (138 ق أ) من قانون الأسرة: ((يمنع من الإرث اللعان والردة)).فلا توارث بينه وبين قرابة أبيه، لعدم تحقق سبب الميراث وهو القرابة.

وتقضي(المادة 126) إبعاد نسبه لأن القاضي بعد اللعان نفي نسبه من أبيه وألحقه بأمه فقط[3].

- **ميراث اللقيط: L'enfant trouvé ou abandonné**

اللقيط هو الولد الذي وجد مطروحا على الأرض عادة تركه أهله خشية العار أو خوفا من مسؤولية إعالته ونفقته ،فإذا ما مات وترك مالا فهو لبيت مال المسلمين عند جمهور الفقهاء بناء على قاعدة (الغرم بالغنم) ؛لان بيت المال هو المسئول عن الإنفاق عليه وتربيته وتعليمه[4].

---

(1) بداية المجتهد ج2 .ص 355 .356 .

(2) المغني: ج7 ص122.

(3) أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد د. بلحاج العربي ص 400 ، 2007م.

(4) الوجيز في قانون الأسرة الجزائري: ج1،ص 202،203 بمقتضى القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990م.

وبالأحرى فأموالُه في حكم الأموال الضائعة التي لا يعرف أصحابها نصَّ على ذلك قانون الأسرة في المادة (180) والقانون المدني في المادة (773).

الفرع الثالث: الإقرار بالوارث

أولا: تعريفه في اللغة والإصطلاح وحكمه

الإقرار في اللغة : إثبات الشيء، الاعتراف[1].

الإقرار في الشرع: إخبار المرء بحق لآخر عليه[2].

تعريف آخر: هو خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه[3].

والإقرار إن كان من الأب سمي استلحاقا، ويكون مقبولا بشروطه المتقدمة، وإن كان من غير الأب سمي إقرارا؛ وهو إقرار المورث أو الوارث بوارث آخر، كأن يقر أحدهما أن فلانا ابن ابنه، أو أخيه أو جده، أو عمه، أو ابن عمه، فيثبت له الميراث أما النسب فلا[4].

والميراث يثبت بشروط:

- أن يكون صادقا في إقراره وألا يكذب المقر له وإلا فلا ميراث.
- أن يحلف المقر له بالله على قرابته بالمورث وأحقيته بالإرث.
- ويشترط في المقر أن يكون بالغا، عاقلا وأن يكون المقر له مجهول النسب، وأن يكون فارق السن بين المقر والمقر له يحتمل فيها صدق الإقرار، والإقرار بالنسب في غير البنوة والأمومة والأبوة لا يسري على غير المقر إلا إذا صدق عليه وفقا للمادة (45 ق. أ).

وهذا هو رأي المحكمة العليا من أن الإقرار هو إخبار ثبوت حق على قائله أمام القاضي، فمتى كان

(1) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا: ص299.
(2) التعريفات للجرجاني، ص90.
(3) شرح حدود بن عرفة ص443.
(4) شرح الخرشي على متن خليل ج4.ص 320.

صحيحا نافذا فإنه يغني عن أي دليل آخر[1]، ويغني أن يدفع بإبطال إقراره[2].

– و يفرق الفقهاء بين إقرار المورث بوارث، وإقرار الوارث بوارث جديد.

أ. إقرار المورِّث بوارث:

إذا أقر المورِّث بوارث دون أن يحيط الورثة بجميع ماله؛ كأن يموت عن زوجته فقط فإذا أقر المورث بشخص(كأخ له شقيق) وجب التحقيق والتحري لاختبار صدق وصحة إقراره، مادام الأخ بأخذ الباقي تعصيبا، وهذا حتى لا يكون الباعث على إقراره مجاوزة الوصية بالثلث، أو حرمان الخزينة العامة من الإرث[3].ولو أقر أخ حاز كل التركة بالعصوبة النسبية للميت، ثم يقر ابنا لأخيه وصدقناه في ذلك بالشروط المتقدمة ورتبنا على هذا الإقرار حكما بالميراث، لوجب أن نعطي الإبن جميع التركة لأن عصوبته أقوى من عصوبة الأخ وحينئذ يصبح الأخ غير وارث، ومن شرط صحة الإقرار بنسب محمول على الغير يكون المقر بذلك النسب حائزا لجميع التركة حتى لا يكون ثمة تهمة قِبله بأنه أراد أن يمنع الورثة من إرثهم، فإذا أصبح غير وارث بسبب توريث الإبن لم يكن إقرار ذلك الأخ ببنوة الإبن صحيحا؛ فلا يرث المقر له[4].

ب – إقرار الورثة بوارث جديد.

والمسألة في هذا الحال يرث المقر له دون أي مشكل، فلو خلف المورث زوجة وبنتا وابنين فأقر الجميع ابنا آخر فتقسم التركة على الأبناء للذكر مثل حظ الأنثيين، وتأخذ الزوجة ثمنها 1/8 فيكون أصل المسألة من 8 للزوجة 1/8 و للأولاد الباقي تعصيبا(7) لكل ابن سهمان وللبنت سهم وللمقر له سهمان على أن يكون الإقرار من عدلين على الأقل[5].

---

[1] أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، العربي بلحاج ص341. 2007م.د.ت.ط.

[2] قانون الأسرة العربي بلحاج، ص200، المحكمة العليا غ.أ.ش 1988/12/19 ملف رقم 51414.

[3] المرجع السابق ص341.

[4] أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة محمد محي الدين عبد الحميد ص54 دار الطلائع.ط/1، القاهرة، مصر 2006م.

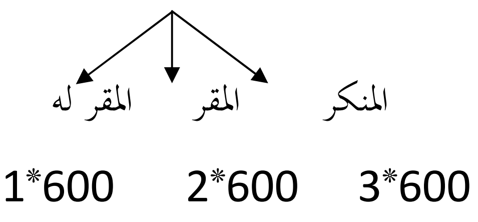
[5] أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد ، العربي بلحاج ص342 . 2007م.

وفي حالة إقرار أحد الورثة وإنكار الآخرين، فلا يلزم هذا الإقرار إلا من أقر دون من أنكر فيأخذ من حصة المقر وحده بنصيب الثلث. فتكون المسألة:

توفي عن ابنين فأقر أحدهما بأخوة ثالث وأنكر الأخر والتركة 600 دينار، فيكون حل المسألة كالتالي : المنكر :1/2 لأنه بقي على إنكاره .

المقر : 1/3 لأنه أقر بأخوة ثالث .

المقرله : الباقي عن المنكر والمقر وهو نصف ميراث المستلحق لو لَحَق[1].



مجموع الأنصبة : 300 + 200 + 100 = 600 دينار .

ثانيا: حالات الإقرار:

للإقرار حالات عديدة بحسب الوارثين وعددهم وبحسب المقرين بالوارث والمنكرين له.

وهناك صور متنوعة وقعت أو افترضها الفرضيون، ثم باشروا حلها لما تنطوي عليه من غموض لا يتفطن لها كثير طلبة العلم فيتخبطون فيها، ومنها ما اشتهر كمسألة الإمام أبي القاسم الحوفي المالكي في المشرَّكة(*).

وترتكز المسائل في حلها على ما قرره الفرضيون من مسألتي الإنكار والإقرار؛ تعمل فريضة الإنكار أولا ثم فريضة الإقرار ثم تنظر ما بين الفريضتين حسب النسب الأربعة (الأنظار الأربعة) من تماثل، وتداخل وتوافق وتباين(التخالف).

---

[1] شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ج3 ص33.

(*)وهي مسألة في الإقرار بوارث ذكرها في كتابه "المختصر في الفرائض" ولما اشتهرت واستصعبها طلبة العلم قام أحد العلماء: حسين بن محمد المحلي الشافعي ببيانها وحلها بالطرق الحسابية في كتاب سماه "كشف الأستار عن مسألة الإقرار للحوفي"، والكتاب مطبوع بتحقيق أستاذتنا الفاضلة نصيرة دهينة، 2010م دار طليطلة، الجزائر.

1 . التداخل: أن تكون المخارج متداخلة بأن يكون بعضها اكبر من بعض، ويكون الأكبر منها ينقسم على الأصغر، مثل: 2/1و 3/1 و6/1، فإن الثلاثة والاثنين تدخلان في الستة، وكذلك مثل: 4/1و2/1و 8/1 ، فإن الأربعة والإثنين تدخلان في الثمانية، فيؤخذ المخرج الأكبر أصلا للمسألة[1].

صورة المسألة: شقيقتين وعاصب، أقرت واحدة بأخت شقيقة وكذبها الباقون من الورثة.

- فريضة الإنكار من ثلاثة، وفريضة الإقرار تصح من تسعة لانكسار السهمين على الأخوات الثلاث، فتضرب عدد الرؤوس المنكسر عليها سهامها في أصل المسألة وهو ثلاثة يخرج تسعة فالثلاثة داخلة في التسعة، فتقسم التسعة على الورثة باعتبار فريضة الإنكار، لكل شقيقة ثلاثة وللعاصب ثلاثة، ثم تقسمها على الورثة باعتبار فريضة الإقرار لكل أخت سهمان وللعاصب ثلاثة فقد نقصت المقرة سهما فتدفعه للمقر لها[2]، انظر الجدول رقم:4

جدول رقم:4

3				9			
عاصب	ع	1	عاصب	ع	3	عاصب	3
شقيقة	2/3	1	شقيقة	2/3	3	شقيقة	2
شقيقة		1	شقيقة		3	شقيقة مقرة	1
						شقيقة مقر بها	1

2 . التوافق: وذلك بأن تكون المخارج جميعها تقبل القسمة على عدد معين، مثل 8/1و6/1 بينهما توافق بالنصف، لأن كلا منها يقبل القسمة على اثنين، وكذلك6/1 و9/1بينهما توافق بالثلث لأن كلا

(1) الرحبية في علم الفرائض: سبط المارديني وحاشية البقري: ص175 وما بعدها علق عليها د. مصطفى ديب البغا،ط/8،دار القلم، دمشق، 1419هـ 1998م.

(2) الفقه المالكي وأدلته: ج4ص354.

منهما يقبل القسمة على ثلاثة، ففي حالة التوافق يؤخذ وفق أحد المخرجين ويضرب بكامل المخرج الآخر، ويكون الحاصل هو أصل المسألة.

صورة المسألة: بنتين وابن أقر الإبن بابن وكذبه الإبنتان.

فريضة الإنكار من أربعة وفريضة الإقرار من ستة وبينهما توافق بالأنصاف فتضرب اثنين في ستة، أو ثلاثة في أربعة يحصل إثنا عشر فاقسمها على الإنكار يحصل للإبن ستة ولكل بنت ثلاثة، وعلى ورثة الإقرار يأخذ الإبن أربعة ولكل بنت سهمان فقد نقص المقر من حصته إثنان يدفعهما للمقر به[1]. انظر الجدول رقم:5

جدول رقم:5

	4	12		6		12
بنت	1	3	بنت	1	2	3
بنت	1	3	بنت	1	2	3
ابن	2	6	ابن	2	4	4
			ابن	2	4	2

3 . التماثل:

أن تكون المخارج متماثلة مثل 6/1و6/1 أو 2/1 و2/1 فيؤخذ أحد المتماثلات فيكون هو أصل المسألة إذا لم يكن غيره.

صورة المسألة:أم وعم وأخت لأب أقرت بشقيقة للميت وأنكرتها الأم.

فريضة الإنكار من ستة للأم إثنان وللأخت ثلاثة ، وللعم الباقي وهو واحد وفريضة الإقرار أيضا من ستة للشقيقة النصف وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين ، وللأم السدس واحد، وللعم ما بقي وهو واحد؛ فقد نقصت حصة الأخت للأب سهمين تدفعهما للشقيقة المقر بها.

---

[1] الفقه المالكي وأدلته: ج4ص354.

انظر الجدول رقم: 6 جدول رقم: 6

		6				6	6
أم	3/1	2	أم	6/1	1	1	2
عم	ع	1	عم	ع	1	1	1
أخت لأب	2/1	3	أخت لأب	6/1	1	1	1
			أخت شقيقة	2/1	3	3	2

4 . التباين: وهو أن لا تكون متماثلة ولا متوافقة ولا متداخلة، مثل: 3/1 و 8/1، وفي هذه الحالة يضرب أحدهما في الآخر ويكون الناتج هو أصل المسألة.

صورة المسألة: شقيقتين وعاصب، أقرت واحدة من الأختين بأخ شقيق وكذبها الباقون من الورثة.

فمسألة الإنكار أيضا من ثلاثة، ومسألة الإقرار من أربعة، وبينهما تباين فنضرب ثلاثة في أربعة باثني عشر، ثم نقسمها على الإنكار، لكل أخت أربعة، وللعاصب أربعة، وعلى الإقرار لكل أخت ثلاثة وللأخ ستة فقد نقص من حصة المقرة سهم تدفعه للمقر به. انظر الجدول رقم:7.

جدول رقم: 7

		3			4		12	
عاصب	ع	1	عاصب	محجوب	0	عاصب	0	4
شقيقة	3/2	2	شقيقة	ع	1	أخت شقيقة	3	4
شقيقة			شقيقة	ع	1	أخت ش مقرة	3	3
			شقيق	ع	2	أخ ش مقر به	6	1

5. تعدد المُقرِّين

صورة المسألة:

ابن وبنت أقر الابن ببنت وكذبته أخته وأقرت البنت بابن وكذبها أخوها.

وفي حال تعدد المقر والمقر به وذلك كما إذا ترك الميت ابنه وابنته، فأقر الابن ببنت وكذبته أخته، وأقرت البنت بابن وكذبها أخوها، وكان كل من المستلحَقين منكر للآخر ففريضة الإنكار من الجانبين من ثلاثة؛ للإبن سهمان وللبنت سهم، وفريضة إقرار الإبن من أربعة للإبن إثنان ولكل بنت سهم، وفريضة إقرار البنت من خمسة لكل ابن سهمان وللبنت سهم. انظر الجدول رقم :8

جدول رقم: 8

	3	60		4	30	60		5	20
ابن	2	40	ابن مقر به	2	20	30	ابن	2	8
بنت	1	20	بنت مقر	1	5	15	ابن مقر	2	8
			بنت	1	5	15	بنت مقر بها	1	4

والفرائض الثلاثة متباينة، فتضرب فريضة إقراره وهي أربعة في فريضة إقرارها وهي خمسة بعشرين ثم تضرب العشرين في فريضة الإنكار بستين ثم تقسمها على الإنكار ، يخص الإبن أربعون والبنت عشرون ثم تقسمها أيضا على فريضة إقرار الابن، يخص الابن ثلاثون ولكل بنت خمس عشرة؛ فقد نقصه الإقرار عشرة يدفعها للبنت المقر بها ، تقسمها أيضا على فريضة إقرارها يخص الابن أربعة وعشرون، ويخص

البنت إثنا عشر فقد نقصها الإقرار ثمانية تدفعها للمقر به. انظر الجدول رقم:9

جدول رقم: 9

	2	3*20		4	4*5	60			5	5*4		
ابن	2	40	ابن مقر	2	10	30	30	ابن	2	8	24	40
بنت	1	20	بنت	1	5	15	20	ابن مقر	2	8	24	08
			بنت مقربها	1	5	15	10	بنت مقربها	1	4	12	12

المبحث الثاني: أحكام متفرقة لولد الزنا

المطلب الأول: أحكام ولد الزنا في الجنايات والحدود

الفرع الأول: العقل

أولا : تعريف العقل في اللغة والإصطلاح

أ . تعريف العقل في اللغة

العقل: الحِجر والنهى ورجل عاقل وعقول وقد عقل، والعقل أيضا الدية والعَقول: الدواء الذي يمسك البطن والمعقِل الملجأ[1] ، عقل القتيل فهو عاقل إذا غرم ديته والجماعة عاقلة وسميت

بذلك لأن الإبل تجمع فتُعقل بفناء أولياء المقتول [2]. المعقلة: الدية وتسمى عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك [3].

ب . تعريف العقل في الاصطلاح

العاقلة: هم أهل الديوان في حق من له الديوان، وهم المقاتلة، ومن لا ديوان له فعاقلته من كان من عصبته في النسب[4]. أو هي العصبة وما عطف عليها؛ أي العصبة وأهل الديوان والمعتمد أن العاقلة هم عصبة القاتل سواء كانوا أهل ديوان أم لا، الجماعة الذين يعقلون العقل، وهو الدية وهم أهل الديوان إن كان القاتل منهم[5].

ج . عاقلة ولد الزنا:

جمهور العلماء أن الجاني يعقل عنه عصبته بنسب، أو بولاء، ومن لا عاقل له يعقل عنه بيت المال[6].

---

(1) مختار صحاح: ص289.

(2) معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي، ج1ص301.

(3) تحفة الفقهاء: علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، ج4 ص121،ط1414/2هـ، 1994م دار الكتب العلمية لبنان.

(4) حاشية الدسوقي: ج4 ص282.

(5) تبيين الحقائق: ج6 ص175، 176.

(6) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علي بن سليمان المرداوي، ج10 ص123.

أما ولد الزنا فإن نسبه مقطوع من جهة أبيه، فلم يبقى إلا عصبة أمه أو الديوان وفي ذلك قولان.

القول الأول:

عصبة ولد الزنا الذين يعقلون عنه هم عصبة أمه، وهو مذهب علي رضي الله عنه، فقد جاء عن زيد بن وهب أن عليا لما رجم المرأة قال لأوليائها:«هذا ابنكم ترثونه ويرثكم وإن جنى جناية فعليكم[1]».

وعن حماد عن إبراهيم قال ميراثه كله لأمه، ويعقل عنه عصبتها كذلك ولد الزنى، وولد النصراني وأمه المسلمة[2]، وهو مذهب إبراهيم النخعي والشعبي والمالكية[3]والحنفية[4] والشافعية[5].

القول الثاني:

إن ولد الزنا عاقلته على بيت مال المسلمين بناء على أن من ليس له عاقلة، قال به بعض الحنابلة[6]، وابن حزم، ورد على الشعبي على أن العقل من له الميراث، وأن حكم المواريث ليس كحكم العاقلة لأن المرأة قد ترث بالولاء إذا أعتقت عبدا لها، وليست المرأة من العصبة، وقال إن ابن أخت القوم منهم لأنه متولد من امرأة هي منهم بحق الولادة قياسا بالمولى والحليف، فلم يجعل قياس المولى والحليف على ابن الملاعنة وابن الزنا، الذي عصبته من الرجال، فإذا كان نسبه من أبيه مقطوعا فلا عاقلة له في العصبة إنما عاقلته بيت مال المسلمين[7].

---

(1) مصنف ابن أبي شيبة: عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي المتوفى 235 هـ، كتاب الديات باب في جناية ابن الملاعنة، ج5 ص461 تحقيق: كمال يوسف الحوت ط1409/1هـ، مكتبة الرشد، الرياض.

(2) أسنى المطالب في شرح روضة الطالب: زكرياء الأنصاري ج4، ص 83.

(3) التاج والإكليل: ج6 ص 266.

(4) بدائع الصنائع: ج7 ص 255، 256.

(5) أسنى المطالب في شرح روضة الطالب: زكرياء الأنصاري ج4 ص83.

(6) المغني: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي، ج12ص48، 49 تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب ط1417/3هـ1997م الرياض.

(7) المحلى: ابن حزم ج11 ص62.

ثانيا: قتل الوالد بولده الشرعي وبولده من الزنا

أ . قتل الوالد بولده الشرعي:

اتفق أئمة المذاهب على أن الوالد إذا قتل ولده فإنه لايقتل به، وهذا مذهب المالكية[1].

والشافعية[2] والحنفية[3] والحنابلة[4].

واشترط المالكية في عدم القصاص إذا رماه بحجر، أو حذفه بسيف، أو سكين فيموت، وأما إذا تعمد قتله مثل أن يضجعه فيذبحه ذبحا،أو يشق بطنه، فهذا أراد القتل بعينه عامدا فيقتل به، دليلهم في ذلك:

– قول النبي ×: لا يقتل والد بولده[5].

– حديث جابر رضي الله عنه:«أنت ومالك لأبيك[6]» فهذا الحديث عام وهو إن لم يجب حكما فهو شبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

– أن الإبن جزء من الأب ولاينبغي أن يكون بعض من الجزء سبب في هلاك الكل[7].

– قضاء عمر رضي الله في الرجل المدلجي الذي حذف ابنه بالسيف فقتله فإنه أسقط عنه القصاص وأوجب الدية في ماله، فلم يعرف لذلك مخالف[8].

– لأن الوالد سبب لوجوده فلا يصح أن يكون الولد سببا في إعدامه.

– لا يقتل به وذلك لزيادة شفقة الوالد تمنعه من قتل ولده.

---

(1) المدونة الكبرى: ج 16 ص229.

(2) الحاوي الكبير: أبو الحسن الماوردي ج 9 ص183.

(3) حاشية رد المحتار:محمد علاء الدين أفندي، ج2ص162،مكتب البحوث والدراسات دارالفكر.د.ت.ط.

(4) أنظر الروض المربع ج 3 ص 264 – روضة الطالبين للنووي ج9 ص153.

(5) مسند الامام أحمد: مسند عمر بن الخطاب ج1،ص 49، رقم 346.ورواه الترمذي في سننه كتاب الديات باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا،ص428دار الفكر.

(6) مسند الإمام أحمد، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص:ج 2، ص 204.

(7) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، عبدالقادر عودة، ص528،مؤسسة الرسالة، ط1/ 1426هـ،2005م.

(8) منح الجليل شرح مختصر خليل ج9 ، ص91.

ثالثا: قتل الوالد بولده من الزنا

اختلف الفقهاء في ذلك إلى فريقين

الفريق الأول :

ذهب الحنابلة في القول الأصح عندهم أن الأب (الوالد) يقتل بولده من الزنى وهو الصحيح وقيل لا يقتل، ويقتل الولد بوالده من الزنا ومن الرضاع وهو المشهور، والمختار للأصحاب[1].

وإليه ذهب ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر، وذلك لظاهر الآيات والأخبار الموجبة للقصاص ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص، فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين[2].

الفريق الثاني:

يرى هذا الفريق أن لا يقتل الزاني بولده من الزنى لاشتراكه في الأبوة، وهو قول عند الحنابلة وللشافعية وهو الأوجه عندهم والأصح، لشبهة الأبوة قياسا على ولد الملاعنة[3].

ويقتل الإبن بأبيه إذا قتله لعمومات النص، ويحللون الفرق بين الوالد والولد؛ أن الوالد يحب ولده وشفقته أوفر دونما ينتظر منه نفعا، أما الولد فإنه يحب والده لما يصل إليه من منفعة عن طريقه وربما يقتله ليتعجل وصول أملاكه إليه[4].

القول المختار

بعد عرض أقوال الفريقين يتبين أن قول الجمهور أولى وأحق بالاتباع، وإن لم تثبت أبوة الزاني لابنه من الزنا فإنها شبهة كافية لمنع القصاص، ولذا فإن الفقهاء جعلوا لها قواعد في أن لا يقتل الأب بولده، ولا بولد ولده وكذا الجد، ويدخل أب الأب، وأب الأم، ويدخل تحت الولد ولد الولد وإن سفلوا،[5] ولأن الإبن جزء من أبيه وإن لم يثبت نسبه فهو بعض منه فلا يقتص منه.

---

[1] الإنصاف: المرداوي ج9 ص 474.

[2] المغني لابن قدامة ج11 ص483.

[3] الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع محمد الشربيني الخطيب ج2 ص498.

[4] بدائع الصنائع: ج 7 ص235.

[5] نفس المرجع: ج7 ص235.

والوالدة تدخل تحت اسم الوالد لاشتراكهما في الوالدية؛ ما أحد الوالدين فاستوت في الحكم مع الأب، وهي قد تفضل الأب في البر؛ فكانت أولى بنفي القصاص.

يرى الإمام أحمد أن الأم تقتل بولدها لأنها لا ولاية لها عليه، ولكن هذا الرأي مردود لأن الأب لا ولاية له على ولده الكبير، فالولاية لا تدخل في منع القصاص[1]، وفي ولد الزانية حكمها مساويا للأم، لأن الأمومة تثبت لها في جميع الأحوال. ويلحق بولد الزنا مجهول النسب الذي ادعياه ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما، فلا قصاص عليهما لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما وإن ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه ويقتل الآخر لأنه شريك الأب في قتل إبنه[2]، والولد لا يقتل بأبيه كذلك لا يقتل له إذا كان الولد مستحقا للقصاص من أبيه ولا رجمه بزنى[3].

الفرع الثاني: سرقة الوالد من مال ولده من الزنا

أولا: قطع الوالد سرقة ولده مطلقا

اتفق فقهاء المذاهب على أن الأب لا يقطع بسرقته من مال ابنه[4]، والدليل في ذلك.

1- ماروي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء رجل إلى النبي × فقال إن أبي اجتاح مالي فقال:« أنت ومالك لأبيك » وقال × «إن أولادكم من كسبكم فكلوا من أموالهم[5]».

2 ـ قوله ×:« إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم[6]» فقد جعل النبي × إباحة الرجل في أن يأخذ من مال ولده فلو أخذها عن طريق السرقة كان شبهة في إيقاع الحد بل جعل ملكية الولد ملكية للأب فلا يصح مؤاخذه الأب ما أخذ من كسب ولده.

---

(1) الإنصاف للمرداوي: ج 9 ص474.

(2) المغني لابن قدامة: ج11 ص483.

(3) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشربيني الخطيب ج2 ص 498.

(4) حاشية الدسوقي: ج4 ص 337 الشرح الكبير ج4 337 الخرشي ج8 ص 96.انظر المبدع في شرح المقنع ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي تحقيق المكتب الاسلامي بيروت 1400هـ

(5) سنن ابن ماجة: أبي عبد الله محمدبن يزيد القزويني، كتاب التجارات باب ما للرجل من مال ولده ص531.

(6) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، بابما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ص414.

والسرقة تعتبر في الأخذ من الحرز، والأب مأذون له في دخوله فصار غير حرز بالنسبة له[1].

أن الأب يدخل ضمن الرحم المحرم يجوز له الدخول من غير استئذان والانتفاع بمال الفروع، وأنه يجب على الفروع النفقة على الأصول، فكان ذلك شبهة في إيقاع الحد[2].

ثانيا: قطع الوالد بولده من الزنا

هذه المسألة إذا طرحت فإنها تكون بهذه الصيغة هل في مال ولد الزنا حق لأبيه الزاني؟.

والحقيقة أن لا حقَّ له في مال ولده من الزنا؛ فلم يثبت نسبه ولم تثبت نفقته عليه، ولم تثبت عليه ولاية، وهذا ما لم يتناوله الفقهاء ولم يبحثوا بخصوصه غير أنه قد يتخرج هذا الموضوع على قتل الوالد ولده من الزنا، وقد رأينا أن الزاني لا يقتل بولده من الزنا للشبهة فكذلك لا يقطع في السرقة لأنه جزء منه.

فإن البعضية والجزئية بينهما متوفرة فالولد وإن لم يثبت نسبه فقد تخلق من مائه، وهو جزء منه وهذه شبهة كافية لدرء الحد؛ ولذا فإنه يحتاط في إثبات الأحكام الشرعية، وخصوصا الحدود فإنه قد وردت شأنها أحاديث تدعو إلى الإحتياط فعن عائشة رضي الله عنها أن النبي × قال:« إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة [3]» .

وكان النبي × يحتاط في إيقاع الحدود على أصحابها كأنه يلقن المرتكب لذلك حجته، فيتركه ويقول له تب إلى الله، أو ارجع من غد كما في فاحشة الزنا، وقد أسقط عمر بن الخطاب رضي الله عنه حد السرقة عام المجاعة[4]، لشبهة أن يكون السارق ارتكب ذلك مجاعة وفقرا.

---

[1] منح الجليل: ج9 ص 291.

[2] تبيين الحقائق: ج3 ص220.

[3] سنن البيهقي الكبرى: كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود ج 8، ص238 مكتبة دار الباز.

[4] إعلام الموقعين عن رب العالمين: ابن قيم الجوزية، ج3 ص17.

المطلب الثاني: أحكام متعلقة بالجنسية والشهادة لولد الزنا

الفرع الأول: الجنسية :

أولا: تعريف الجنسية

أ . تعريف الجنسية في اللغة

الجنسية مأخوذة من جنَّس الأشياء: شاكل بين أفرادها ونسبها إلى أجناسها.

تجنَّس فلان اكتسب الجنسية، وهي:صفة تلحق بالشخص من جهة انتسابه لشعب أو أمة[1].

ب . تعريف الجنسية في الإصطلاح الفقهي:

إن معنى الجنسية يدخل تحت مسميات مختلفة كالتابعية، الرعوية، أهل دار الإسلام استعمل الفقهاء ذلك في كتب الفقه ، أما التعبير بالجنسية فإنه مصطلح حديث النشأة وقد اعتبره بعضهم، وجعله مبدءا من مبادىء الإصلاح الإجتماعي الإنساني والسياسي وأن المسلمين سواسية في الحقوق العامة في جميع البلاد الخاضعة للحكم الإسلامي، إلا حق الإقامة في جزيرة العرب فإنه لايجوز لغير أهلها دخولها بغير إذن منهم[2]. ومنهم من لم يعتبرها جاعلا من الدين عقيدة وجنسية للمسلمين[3].

ج . تعريف الجنسية في الإصطلاح القانوني:

هي انتماء الفرد إلى دولة معينة[4]. وعرفها المقنن الجزائري: هي العلاقة القانونية التي تربط فردا بدولة معينة، تضفي عليه صفة التابع لهذه الدولة[5].

ثانيا: أنواعها

للجنسية نوعين وقسمين: أصلية ومكتسبة.

---

(1) المعجم الوسيط: ص140.

(2) تفسير المنار: محمد رشيد بن علي رضا المتوفى سنة 1354هـ ج11ص211، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1990م.

(3) الحكومة الإسلامية: أبو الأعلى المودودي، ص265 وما بعدها، ترجمة: أحمد إدريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية ،بن عكنون ، الجزائر.د. ت. ط.

(4) الوسيط في الجنسية الجزائرية: دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الطيب زروتي ص18،مطبعة الكاهنة، الجزائر 2002م.

(5) نفس المرجع: ص22.

النوع الأول: الجنسية الأصلية NATIONALITÉ ORIGINAIRE

وهي التي تثبت للشخص منذ الميلاد ولو تأخر إثباتها لما بعد الميلاد، ما دامت ترتد بأثر رجعي على وقت الميلاد، وهي مبنية على أساس النسب أو الدم، ويدخل ضمن الجنسية الأصلية الفرد الذي ولد في الإقليم الوطني بناء على حق الإقليم.

1- حق الدم أو البنوة: JUS SANGUINI

ويقصد بها رابطة النسب بين المولود ووالديه، فكل مولود يتلقى الجنسية عن والديه مهما كان أصلهم ويطلق عليها جنسية البنوة [1]. وهي مبنية على أساس النسب من جهة الأب بعقد شرعي صحيح (بطريق الزواج)حتى يكون لكل مولود شرعي صلته بالوطن الذي يعيش فيه، وحددت المادة (6)من قانون الجنسية من أنه:« يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية[2] ».

وجاء التعديل الأخير يكرس جنسية الأم في حالة انعدام الأب، أوبمجهوله فإن الولد يأخذ جنسية الأم، وقد أخذت بذلك جل القوانين العربية[3].

ولم تشر المادة المعدلة فيما إذا كان الولد شرعيا أو غير ذلك، مجهول الأب أو معلومه لتلافي حالات انعدام الجنسية، والمحافظة على النوع الإنساني مهما كان جنسه ليكون مرتبطا بأمته التي هو فيها، فينشأ على حب وطنه، وتقوى اللحمة الوطنية لكل من انحدر من هذا الوطن سواء من الأب أو الأم دون تمييز أو إقصاء؛ وهي من أولى الحقوق التي يجب مراعاتها يتبعها فيما بعد الاسم واللقب، فلا معنى لأن يبقى دون إسم فضلا على أنه لا انتماء له.

ويمتاز معيار حق الدم بميزات عالية؛ حيث يكون لهم حق الإنتخاب، ويستبعد الأجنبي الدخيل لما في ذلك من مخاطر على الدولة وإضعاف لرابطة التجانس بين وطنييها[4]، أما خارجيا فإنه حافزا لمهاجريها أن يظلوا مرتبطين ببلدهم ينشرون ثقافته وحضارته وديانته، ويزيدون نفوذ جاليتهم تماسكا وقوة تعطي دفعا للعلاقات الدولية اقتصاديا، وعلميا، واجتماعيا، وثقافيا وغيرها.

---

(1) الوسيط في الجنسية الجزائرية: الطيب زروتي: ص 130.

(2) الجريدة الرسمية عدد15 قانون الجنسية الجزائرية الصادر بموجب الأمر رقم 01.05 المؤرخ في 18محرم 1418هالموافق ل27فبراير2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 86.70 في:1970/12/15.

(3) الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات: محمد طيبة، ص12،دار هومة ط2006/1م.

(4) الوسيط في الجنسية الجزائرية الطيب زروتي ص134.

2- حق الإقليم: JUS SOLI

ويراد به واقعة الميلاد في إقليم الدولة والحصول على جنسيتها وهو كما حددته المادة (7) المعدلة بالأمر 05. 01 :«يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر» في حالات:

أ- حالة الولد المولود من أبوين مجهولين.

غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية، وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما.

وكذلك الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.

ب- حالة الولولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده من دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها[1].

وهذه الحالات تندرج ضمن اكتساب الجنسية وليس التجنس وإن كانت شبيهة بها، وقد ألغيت الشروط التي يتوجب وجودها فيمن ولد على أرض الجزائر فجاء القانون مجردا عن الشروط لأنها حالة اكتساب وليس تجنس، إلا لمن رغب عنها أو أحد أوليائه، وجاء التوضيح في المادة(8 ق ج) من قانون الجنسية:«ولا يؤثر ذلك على صحة الحقوق المكتسبة من قبل الغير استنادا إلى الجنسية المكتسبة سابقا من قبل الولد.»

وإذا كانت الدول حرة في اتخاذ الإقليم كأساس لمنح جنسيتها، فإن هناك قيدا على هذه الحرية من القانون الدولي الوضعي مفاده عدم تطبيق حق الإقليم كأساس للجنسية الأصلية على أولاد الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية[2].

والأخذ بمعيار الإقليم يؤثر في سلوك الفرد وطباعه وعلاقاته الإجتماعية، وينمو لديه الشعور الوطني والولاء للأمة والدولة، ويترسخ أكثر من انتمائه لأصله وعائلته.

---

(1) قانون الجنسية الجزائرية الصادر بموجب الأمر رقم 01.05 المؤرخ في 18محرم 1418هالموافق لـ27فبراير2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 86.70 في:1970/12/15.

(2) القانون الدولي الخاص: ج2 تنازع الإختصاص القضائي، الجنسية، بلقاسم أعراب ص110 دار هومة 2003م.

النوع الثاني: الجنسية المكتسبة: NATIONALITÉ ACQUISE

هي التي يكتسبها الفرد بعد الميلاد ولو كان الميلاد عاملا في كسبها، لأن الجنسية الأصلية تثبت للفرد بالميلاد لحظة حدوثه، ولها حالات هي كالتالي:

1 . الإقامة في إقليم الدولة

مكان إقامة الأشخاص له صلة كافية بمنحه جنسية البلد الذي هو فيه، وإن كان القانون الجزائري قد ساير القوانين الغربية فألغى واقعة ميلاد الطفل في إقليم البلد باعتبار أن ذلك سببا للجنسية الأصلية وليست المكتسبة، وأتى بأمور جديدة حيث ألغيت المادة(9) وجاء مكانها: المادة (9) مكرر فيها: « يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط التالية»:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات (3)سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنس.
- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (2) على الأقل.
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.
- يمكن أن لا تؤخذ بعين الإعتبار العقوبة الصادرة في الخارج.

إن هذه المادة لا تتطلب شرحا كبيرا فبمجرد الزواج يمكن للزوجين (زوجا كان أو زوجة) اكتساب الجنسية لأنهما يقيمان في إقليم الدولة التي تجمعهما، وهو أمر واقعي فالزوجان اللذان يقيمان ببلد معين يتوجب على البلد إعطاؤهما الجنسية لاستكمال وتسوية وضعيتهما وممارسة حق الإقامة؛ فلا يمكن أن ننعت أحدهما بالأجنبي وهو يعيش في الواقع معنا، له زوجة أو لها زوج، وربما كان له أولاد لكن بالشروط المذكورة كما بينت الفقرات المكملة للمادة (9)، وهي أمور تدل على الإرتباط والديمومة بالنظر إلى المدة المطلوبة وشرط الزواج الفعلي لا مقدماته أو الزواج الصوري.

بالإضافة إلى كون الزوج أو الزوجة ماكثا بانتظام غير سائح أو غائب، قد دل الزمن على أنه من أهل البلد بالنسبة للمدة التي قضاها في هذا الإقليم، وهو ما يعني اندماجه في المجتمع ومشاركته فيه بتحصيله العيش، وهو لا يتأتى إلا بالسعي والعمل وتقديم المقابل من المال والجهد، وهو ما يعطي دفعا لتحصين منزلته، وإبعاد اللبس عن شخصيته، فلا يؤاخذ بما صدر عنه في وطنه الذي كان فيه، فإن الجنسية يبعد عنها من لا خلاق له فربما جر على الأمة الشر، وكان سبب فزع وهلع للمستوطنين والدولة، كما هو

حال الجواسيس والعملاء الذين يتسترون تحت أسماء عربية، أو ديانة معترف بها.

2. التجنس NATURALISATION

نصت المادة (10 ق ج) على أنه :«يمكن للأجنبي الذي يقدم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يتحصل عليها بشروط.»

1 – أن يكون مقيما في الجزائر مدة (7) سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطلب.

2 – أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس.

3 – أن يكون بالغا سن الرشد.

4 – أن تكون سيرته حسنة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف.

5 – أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته.

6 – أن يكون سليم الجسد والعقل.

7 – أن يثبت اندماجه في لمجتمع الجزائري.

يقدم الطلب إلى وزير العدل الذي يستطيع دائما رفضه ضمن شروط المادة (26)وما بعدها[1].

بالإضافة إلى استثناءات التجنس نصت المادة(11) المعدلة (بالأمر رقم 01.05 المؤرخ في 27فبراير 2005م) أنه « يمكن للأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية للجزائر أو المصاب بعاهة أو مرض جراء عمل قام به خدمة للجزائر أو لفائدتها أن يتجنس بالجنسية الجزائرية .

كما جاء في المادة (12) المعدلة (بالأمر رقم 01.05 المؤرخ في 27فبراير 2005م)أنه «يمنح التجنس بموجب رئاسي ».

3. اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الإسترداد

تنص المادة (14) من قانون الجنسية على ما يلي: «يمكن استرداد الجنسية الجزائرية بموجب مرسوم لكل شخص كان متمتعا بها كجنسية أصلية وفقدها، وذلك عن طريق تقديم طلب بعد 18 شهرا على الأقل من الإقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر».

حسب هذه المادة فإن الاسترداد قاصر فقط على من كان متمتعا بالجنسية الجزائرية الأصلية ثم فقدها.

---

[1] قانون الجنسية الجزائرية الصادر بموجب الأمر رقم 01.05 المؤرخ في 18محرم 1418هـالموافق ل27فبراير2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 86.70 في:1970/12/15.

فالاسترداد مفتوح بذلك لمن اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية وأذن له بموجب مرسوم في التخلي عن جنسيته الجزائرية المادة (18) الفقرة(1) وللجزائري ولو كان قاصرا الذي كانت له جنسية أصلية، وأذن له بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية الأصلية المادة:(18 الفقرة (2)، ((وللمرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي واكتسبت من جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية)).

ويناط الاسترداد حسب ذات المادة بإرادة الفرد وإرادة الدولة، فالاسترداد لا يتم إلا بتقديم طلب من المعني بالأمر بعد 08 أشهر على الأقل من الإقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر، وللدولة سلطة تقديرية، فبإمكانها ردها له، وبإمكانها الرفض.

ثالثا: آثار الجنسية المكتسبة:

ما إن تثبت الجنسية الجزائرية للشخص، سواء كان اكتسابها بفضل القانون أو عن طريق التجنس، أو الاسترداد، حتى يترتب عن ذلك آثار هامة تمس شخص مكتسب الجنسية بذاته، وكذلك تمس أولاده، فأما عن الآثار التي تخص شخص مكتسب الجنسية الجزائرية و التي ذكرها المشرع تحت اسم الآثار الفردية المذكورة في المادة 15 و هي تمتعه بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية.

ومن ذلك نفهم بأن الشخص المكتسب للجنسية الجزائرية يصبح متساويا في الواجبات والحقوق المدنية والسياسية مثله مثل أي مواطن جزائري أصلي، بما في ذلك الحق في تولي وظائف عامة، وحق الاقتراع إلى غير ذلك من الحقوق المقررة للمواطنين الجزائريين، غير أنه يرد استثناء خاص بمكتسبي الجنسية عن طريق التجنس إذ أنهم يحرمون من حق تولي نيابة انتخابية طيلة (5)سنوات من تجنسهم غير أنهم يعفون من هذا الشرط إذا ذكر ذلك في مرسوم التجنس، وقد ورد ذلك في المادة(16ق ج) من قانون الجنسية والغاية من ذلك هو وضع المتجنس تحت المراقبة، قصد التأكد من ولائه لدولته الجديدة وانسجامه داخل مجتمعها الذي أصبح جزءا لا يتجزأ منه.

وأما عن الآثار الجماعية المذكورة بالمادة (17ق ج) فتعني أولاد مكتسب الجنسية، فبالنسبة للشخص الذي اكتسب الجنسية الجزائرية بفضل القانون يمتد أثر اكتساب الجنسية الجزائرية لأولاده القصر، في نفس الوقت مع أبيهم فيصبحون باكتساب أبيهم للجنسية الجزائرية جزائريين.

أما مكتسب الجنسية الجزائرية عن طريق الاسترداد فإن أولاده كذلك يستردون معه في نفس الوقت جنسيتهم، وكما في الحالة السابقة يشترط أن يكون الأولاد قصرا ويضاف إلى ذلك الشرط أن يكونوا غير

متزوجين، وأن يكونوا مقيمين معه إقامة فعلية، ويعتد بهذه الإقامة وقت صدور المرسوم.

أما عن أبناء الشخص مكتسب الجنسية عن طريق التجنس، فلا ينصرف إليهم أثر التجنس بصفة تلقائية بل يتوقف الأمر على تقدير السلطة العامة أي وزارة العدل فإن شاءت منحت للأولاد القصر جنسية أبيهم الجديدة وإن شاءت منعت عنهم ذلك، وفي حالة منحهم الجنسية فيجوز لهم التنازل عنها خلال الفترة المتراوحة من 18 إلى 21 سنة من عمرهم.

أما عن حالة الأولاد البالغين والزوجة فقد سكت عنهم المشرع الجزائري، وقد جانب الصواب عندما حرم الزوجة من اكتساب الجنسية مع زوجها، مخالفا بذلك النهج الذي سارت عليه أغلب تشريعات العالم، لما يوفره من وحدة الجنسية بالأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع وما يتبع ذلك من تقوية ولاء المواطنين لدولتهم، وقد أخذت هذه النقطة بعين الاعتبار في مشروع تعديل قانون الجنسية الذي ذكرناه آنفا.

ومما جاء فيه جواز اكتساب الزوجة الأجنبية الجنسية الجزائرية بزواجها من جزائري، وكذلك الأمر بالنسبة للأزواج الأجانب الذين يتزوجون بأجنبيات.

الفرع الثاني: عدالة ولد الزنا

أولا: معنى العدالة في اللغة والإصطلاح

أ. معنى العدالة في اللغة

العدل ما قام في النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور، رجل عدْلٌ وعادلٌ جائز الشهادة ورضا ومقنع في الشهادة[1].

وهو عادل: يقضي بالحق، والعدالة والمعدلة : لفظ يقتضي المساواة[2].

والعَدل والعِدل يتقاربان لكن العَدل يستعمل فيما يدرك بالبصيرة كالأحكام، كقوله تعالى:(أو عدل ذلك صياما)، والعِدل والعديل فيما يدرك بالحاسة كالموزونات والمعدودات والمكيلات[3].

---

(1) لسان العرب: باب عدل ج 11 ص430، دار صادر ،بيروت ، لبنان .

(2) تاج العروس: محمد بن عبد الرزاق الحسيني ج 29 ص444 .

(3) مفردات القرآن: الراغب الأصفهاني(الحسين بن محمد بن المفضل)ص244.

ب . معنى العدالة في الإصطلاح

العدالة في اصطلاح الفقهاء: (من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر، وغلب صوابه على خطئه واجتنب الأفعال الخسيسة [1]).

– العدل من غلب خيره شره ولم يجرب عليه إعتياد كذب[2].

العدالة هي صفة مظنة لمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفا، ومعصية غير قليل الصغائر[3].

يتبين من هذه التعاريف أن العدالة هي صفة في الإنسان تمنعه من إتيان الحرام وتبعده عن الصغائر وإن وقعت منه، ولكن ليس بكثير، و يعبر الفقهاء عن ذلك بالحرية والذكورية والبلوغ والعقل والسلامة من الفسق؛ فالعدالة يراد منها عدل الشهادة وهو الحر الذكر البالغ العاقل السا لم من الفسق.

ثانيا: شروط الشهادة :

إشترط الفقهاء في الشاهد عدة شروط هي:

1– الإسلام: أن يكون مسلما فلا تصح شهادة كافر على مسلم لقول الله تعالى:

﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾[سورة البقرة الآية282]،وقوله تعالى﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [سورة البقرة جزء من الآية 282].

ولم نجد أحدا يجيز شهادة الكافر على المسلم؛ فالكفار ليسوا من رجالنا ولا ممن نرضى من الشهداء وفي قوله تعالى من رجالكم نص في رفض الكفار والصبيان والنساء[4].

2– الحرية: يشترط في الشاهد أن يكون حرا، فإن العبد لا تجوز شهادته لنقض الرق، وهو قول الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنفية [5].

---

[1] التعريفات: للجرجاني، ص 224 .

[2] سبل السلام: ج 4 ص171.

[3] شرح حدود بن عرفة: باب العدالة ص588.

[4] تفسير القرطبي: ج 3 ص 389.

[5] مغنى المحتاج: ج 3 ص50 . الدر المختار للحصكفي ج 5 ص466،الشرح الكبير للدردير: ج4 ص165.

وذهب الحنابلة إلى جواز شهادة العبد، وأنه كالحر في الشهادة إلا الحدود والقصاص[1].

3- البلوغ: يشترط في تحمل الشهادة البلوغ فالصبي لا تثبت شهادته لقلة الضبط التي مناطها نضوج العقل، بإستثناء شهادة الصبيان على بعضهم البعض، بشروط عند بعض الفقهاء[2].

4- العدالة: وهي أساس الشهادة فمن عُرف بصلاح الدين، وكمال المروءة وتوقي الصدق وسلامة دينه من البدعة، والفسق وعدم الجرح، (وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء بدون حصر) فهو عدل وإلا فلا عدالة له، وقيل هو من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل؛ لأن أكثر أنواع الفساد والشر يرجع إلى هذين العضوين[3].

5- العقل: فلا تجوز شهادة المجنون بإتفاق جميع الفقهاء[4].

6- البصر: اشترط الحنفية بأن يكون الشاهد بصيرا يتحمل ما سمع[5].

لقول النبي ×:« إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع[6]».أما الجمهور لم يشترط البصر

7- النطق والكلام: لا يشترط عند المالكية النطق فشهادته مقبولة يؤديها بالإشارة المفهمة والكتابة[7].

جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة فإنهم يشترطون النطق في أداء الشهادة بلفظه أشهد دون غيرها بلفظ المضارع، لما فيها من معنى المشاهدة، وقد توافقت هذه اللفظة مع ألفاظ الكتاب والسنة حتى صارت كالإجماع، وحتى قيل بالتعبد[8]، وقد يترجح عدم اشتراط النطق إذا فهم من صاحبه

---

[1] الشرح الكبير: ابن قدامة: ج 5 ص 481 .

[2] الأم: الشافعي :ج 5 ص 298 قال الشافعي:الصبيان والعبيد والكفار يسمعون الشهادة و يؤدونها إذا بلغ الصغير وأعتق العبد وأسلم الكافر.

[3] بدائع الصنائع: ج6 ص 268 .

[4] التاج والإكليل: ج،6 ص150 ، الشرح الكبير: ابن قدامة ج 4 ،ص165 .

[5] المبسوط: شمس الدين السرخسي ج 16، ص 112، دار المعرفة بيروت لبنان د-ت-ط

[6] لم أقف عليه، ذكره فقهاء الحنفية في كتب الفقه.

[7] حاشية الدسوقي: ج 4 ص165 .

[8] البحر الرائق شرح كنز الدقائق :ج7 ص 55، الإقناع: ج 2ص 632. الروض المربع:ج 3 ص420.

ما يدل على الشهادة كمعتقل اللسان إذا عرفت إشاراته، أو كان كاتبا فيؤدي بالكتابة لأن الكتابة كالخطاب[1]، كما يقول الأصوليون إذا كان في موضع (انتفاء القرابة).

8- أن لا يكون من عمود نسبه: وهم الآباء وإن علوا والأولاد وإن سفلوا بعضهم لبعض وذلك للتهمة بقوة القرابة، وكشهادة أحد الزوجين لصاحبه.

. العداوة من مسلم أو كافر كما أخبر النبي× بقوله:«لاتجوز شهادة صاحب إحنة»(عداوة)[2].

والكلام في الشهادة ما يردُّ منها وما يقبل يطول، بناءا على أن الشهادة تابعة للدين والمروءة؛ فإن الجُرحة في الدين تتنوع بتنوع المعاصي، وخوارم المروءة تظهر بالأفعال الموجبة لذلك، وهي بحسب الزمان والمكان والإنسان، فما كان يعد في زمان من خوارم المروءة قد لا يعد في زماننا، وما كان في زماننا اليوم قد لا يعد مستقبلا وهكذا... .

ثالثا: شهادة ولد الزنا

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنابلة والحنفية والشافعية إلى أن ولد الزنى تقبل شهادته[3].

دليلهم في ذلك أنه مسلم عدل، فدخل في عموم الآيات والأحاديث تجوز شهادته في الزنا وغيره.

- زنا الوالدين لا يقدح في عدالته لقوله تعالى﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ اُخْرىٰ﴾[الانعام الآية164].

- وما روى في ولد الزنا أنه شر الثلاثة فهو في ولد معين.

وللحديث تأويلات منها أن المراد بولد الزنا من أكثر منه وعرف به كما قيل للمسافر ابن السبيل. وكانت عائشة إذا قيل لها: هو شر الثلاثة يعني ولد الزنا عابت ذلك وقالت ما عليه من وزر أبويه. قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ اُخْرىٰ﴾[سورة االانعام الآية164][4] .

---

(1) المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا ج2 ،ص1009.

(2) سنن الترمذي: كتاب الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته ص669.

(3) شرح منتهى الإرادات: البهوتي ج 3ص 594. بدائع الصنائع ج6 ص 269 .

(4) مسند الإمام أحمد بن حنبل: مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة ج2 ص311.

– الكفر أعظم من الفسق، فلو كان أبواه كافرين فلم يغير في الصفة، فالفسق أولى بقبول شهادة من زنى والده.

– الزاني إذا تاب تاب الله عليه وقبلت شهادته، وولد الزنا أفضل لأنه لم يزن فجازت شهادته.

– فسق الوالدين لا يوجب فسق الولد ككفرهما[1].

القول الثاني:

خالف المالكية فقالوا تقبل شهادة ولد الزنا إلا في الزنا[2]؛ لأنه يحرص على التأسي وأن يكون غيره مثله.

– إن الإنسان إذا كانت فيه صفة أحب أن يشاركه فيها غيره لتخف عليه المصيبة لأن المصيبة إذا عمت هانت وإذا ندرت هالت[3].

– للأثر الوارد: "وودت الزانية أن يكون النساء كلهن يزنين"[4]، فلا تقبل شهادة المحدود فيما حد فيه وإن صلحت حاله وهو قول سحنون في الزاني والمنبو: ترد شهادتها فيما يتعلق بالزنا، والمحدودين في القذف أو الزنا، والمحدودين في شرب الخمر، والسرقة إن تابوا لا تجوز شهادتهم كائنا ماكان وهو يجري مجرى شهادة ولد الزنا وهو أبعد في الغيرة، وإنما ترد فيه أن يكون الناس له أسوة[5].

الترجيح :

بعد عرض أدلة الفريقين يظهر لي أن قول المالكية أرجح، وأن ولد الزنا لا تجوز شهادته في الزنا وذلك لأمور منها:

– اتفق الجمهور أن الشهادة التي تجر نفعا أو تدفع ضرا غير جائزة، وشهادة ولد الزنا فيه شيء من ذلك حيث يود أن يكون مثله آخرون، وأنه ليس وحده ، فيدفع هذا الوصف بوصف مشاركة الناس له.

– واتفقوا أيضا على أن شهادة العداوة لا تجوز كشهادة الكافر على المسلم، فعن عبد الله بن عمر رضي

---

(1) حاشية رد المختار على المختار: ابن عابدين: ج7 ،ص 116.

(2) مواهب الجليل ج: 6 ،ص:161 .

(3) انظر الخرشي :ج7، ص 186 ،الشرح الكبير أحمد الدردير: ج4 ص 173 .

(4) الذخيرة :ج10، ص 286، أثر يروى عن عثمان رضي الله عنه، لم أجد له أصلا في كتب الحديث.

(5) البيان والتحصيل: ابن رشد ج 10ص 191.

الله عنهما قال قال ×:« لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر(*) على أحد ولا تجوز شهادة القانع(**) لأهل البيت[1]»، وحديث: «لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين».

– ولد الزنا فيه من أوصاف الحقد على لمجتمع والعداوة، والقانع هو الخادم والمتقدم للخدمة أي خدمة الشريحة التي ينتمي إليها، ففيه مظنة تهمة ميل الخادم لخادمه، فوجب أن لا تقبل شهادته.

الفرع الثالث: المحرمية

أولا: تعريف المحرمية في اللغة والإصطلاح

أ. تعريف المحرمية في اللغة

حرم فلانا الشيء حرمانا منعه إياه، حرم الشيء حرمة امتنع، ويقال حرم كذا وكذا والصلاة حرما امتنع فعلها، والمحرمة: ما يحرم انتهاكه من عهد، وميثاق، ونحوهما، وزوجة الرجل وعياله وما يحميه، جمع محارم[2].

ب. تعريف المحرمية في الإصطلاح:

المحرَّم ج محارم: ما حرم الله تعالى. المحْرَم من الرجال والنساء: الذي يحرم التزويج به لرحمه وقرابته.

محرَم المرأة شرعا: هو المسلم البالغ العاقل الذي يحرم نكاحه على التأبيد.

محرم الرجل شرعا: هي المرأة التي يحرم نكاحها مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة[3].

المحرم ذو الحرمة، والعلاقة بين المحرم تسمى محرمية؛ فالمحرمية هي علاقة الحرمة بين الرجل والمرأة من حيث عدم الزواج لسبب شرعي كالنسب والمصاهرة والرضاع.

---

[1] سنن أبو دود : كتاب الأقضية باب من ترد شهادته، ص646.الغمر: الحقد والشحناء. القانع الأجير التابع مثل الأجير الخاص نفس المرجع ص646.

[2] المعجم الوسيط: ج1ص 168-169. القاموس الفقهي: سعدي أبو جيب، ص88.

[3] مواهب الجليل: محمد بن عبد الرحمن المغربي، ج2 ص521.

(*)الغِمر بالكسر وهو الحقد أي حاقد غيره ج2ص857.

(**)القانع الخادم والتابع ترد شهادته للتهمة بجلب النفع إلى نفسه. انظر لسان العرب: ج3 ص800.

ثانيا: أنواعها

فالمحرمات بالنسب على التأبيد هي سبع، ومن الصهر سبع، فالسبع المحرمات من النسب: الأمهات، البنات الأخوات من الرضاعة وأمهات النساء والربائب وحلائل الأبناء والجمع بين الأختين والسابعة ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم[1]، والمحرمات بالصهر أم الزوجة وبنتها وزوجة الأب والابن.

وعدَّ بعض الفقهاء المحرمات ثمان وأربعون: خمس وعشرون مؤبدات سبع من النسب وسبع من الرضاع وأربع بالصهر ومثلهن من الرضاع ونساء النبي × والملاعنة والمنكوحة في العدة.

أما غير المؤبدات ثلاث وعشرون: المرتدة، وغير الكتابية، والخامسة، والمتزوجة، والمعتدة، والمستبرأة والحامل، والمبتوتة، والأمَة المشرِكة والأمَة الكافرة، والأمَة المسلمة لواجد الطول (الغنى)، وأمَة الإبن، وأمة نفسه، وسيدته، وأم سيده، والمحرِمة بالحج، والمريضة، وأخت زوجته، وخالتها، وعمتها، فلا يجوز الجمع بينهما، والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال، والمخطوبة بعد الركون للغير، واليتيمة[2].

فأما سبب انتشار الحرمة فهو كما ذكرنا:" النسب، والرضاع، والصهر، والملاعنة، والوطء في العدة، فهذه من أسباب انتشار المحرمية أما الزنى فهل ينشر أم لا؟.

فأما الأحكام المترتبة على المحرمية فإنه يصح للرجل أن يخلو ويسافر بزوجته، وأخوات محارمه، وبهذا قال العلماء، وفي الدر المختار:"والخلوة بالمحرم مباحة إلا الأخت رضاعا والصهرة الشابة"[3].

والمالكية يرون بأنه لا بأس للرجل أن يسافر بأخته من الرضاع، فحكمها حكم ذوي المحارم[4].

ما البنت المنفية باللعان محرم على نافيها الزواج بها عند الشافعية، وتتعدى الحرمة إلى سائر محارمه، لكن هذا لا يعني حل الخلوة بها فالخلوة محرمة احتياطا[5]، والحنابلة قالوا ليست من محارم الرجل وألحقوا بها في الحرمة أم المزنى بها وابنتها، وبنت الموطوءة بشبهة، وأمها[6].

---

[1] الجامع لأحكام القرآن: تفسير القرطبي ج5 ص106.

[2] القوانين الفقهية: ابن جزي ص177.

[3] حاشية بن عابدين: ج6، ص369.

[4] مواهب الجليل: ج2 ص521.

[5] مغني المحتاج :ج3 ص175 نهاية المحتاج: ج6 ص 172.المغني: ج3، ص239.

[6] المغني : ج6 ص556.

ثالثا: أثر الزنا في المحرمية:

أ. نقل المحرمية إلى أم موطوءته بالزنا وبنتها

إن من أسباب المحرمية النسب، والصهر، والرضاع، أما ما وراء ذلك فليس بناقل ولا ناشر للمحرمية فأمهات الزانية وأخواتها ليسو بمحارم ولو كانوا كذلك (محارم) كانوا يرِثُون، وذهب ابن الماجشون إلى أن بنته من الزنا ليست بمحرم يجوز له التزوج بها، وردَّ سحنون أن مذهب مالك يحرم ذلك[1].

والكلام فيما إذا كانت أم بنت الزنا ليست فراشا، فعلى رأي من يرى جواز استلحاق بنت الزنا عند عدم الفراش فإنها تحرم عليه، وتنقل المحرمية إلى محارمه.

وعلى رأي الجمهور فإن النسب منقطع بين الزاني وما تخلق من مائه مطلقا، فلا محرمية بين الزاني ومحارم مزنيته.

ب. عدم نقل المحرمية للموطوءة بالزنا

ذهب جمهورالفقهاء إلى أن وجود الحرمة تكون بوجود النسب الشرعي، وما لم يكن نسبا شرعا فلا صهر شرعا، فلا يحرِّم الزنا ببنتٍ أمًّا، ولا بأمٍّ بنتا، وما يحرم من الحلال لا يحرم من الحرام، لأن الله امتنَّ بالنسب والصهر على عباده، ورفع قدرهما، وعلق الأحكام في الحل والحرمة عليهما، فلا يلحق الباطل بهما ولا يساويهما[2].

وردَّ ابن العربي المالكي على من زعم تحريم بنت الزنا فقال:«وهذا كتابه الموطأ الذي كتبه بخطه، وأملاه على طلبته، وقرأه من صبوته إلى مشيخته، لم يغير فيه ذلك، ولا قال فيه قولا آخر[3].

قال مالك في الموطأ:«فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئا من ذلك؛ لأن الله تعالى قال: وأمهات نسائكم فإنما حرم ما كان تزويجا ولم يذكر تحريم الزنا، فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال، فهذا الذي سمعت والذي عليه أمر الناس عندنا[4]».

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج2، ص 250.

(2) أحكام القرآن: لابن العربي ج3، ص 360.

(3) نفس المرجع :ص 360 .

(4) موطأ الإمام مالك: ص 362-363.

فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج، وبه قال الجمهور الشافعي وأحمد وعليه جل أصحاب مالك، وقوله في المدونة إن زنى بأم زوجته، أو ابنتها فليفارقها، حمله الأكثر على الوجوب، واللخمي(*) وابن رشد على الكراهة؛ أي كراهة البقاء معها واستحباب فراقها، وذهب أكثر أهل المذهب إلى ترجيح ما في الموطأ[1]،وهو المعتمد لإنكار أصحاب مالك عليه ما عدا ابن القاسم، ومنهم من رجح ما في المدونة كابن حبيب وأفتى بالتحريم إلى أن مات[2].

قال ابن رشد: وسبب ذلك (الخلاف) الإشتراك في اسم النكاح، أعني في دلالته على المعنى الشرعي والمعنى اللغوي، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى: ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم قالوا يحرم الزنا ومن راعي الدلالة الشرعية قال لا يحرِّم الزنا[3].

رابعا: البنت المتخلقة من الزنا

ما البنت المتخلقة من الزنا فقد اتفق الجمهور على حرمتها لأنها جزء منه، وذهب الشافعية[4] وبعض المالكية إلى أنه يجوز نكاح بنته من الزنا[5]، المشهور عند المالكية أنها لا تحل، وبعضهم جعل الأمر إلى الكراهة دليلهم في ذلك أنها مثل الربيبة.

وبعض الشافعية جعلوا ذلك للكراهة خروجا من الخلاف[6].

---

(1) شرح الزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري ج 3 ص 184.

(2) الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني: صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ص 451.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج2 ص 34،35.

(4) الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي ج5، ص25، تحقيق دار المعرفة، بيروت، لبنان1393 هـ.

(5) مواهب الجليل ج3ص462 .

(6) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ج2ص70، دار الكتب العلمية1418هـ.

(*)أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي. وهو ابن بنت اللخمي. القيرواني،الإمام الحافظ العالم، نزل صفاقس، تفقه بابن محرز، وأبي الفضل ابن بنت خلدون، وأبي الطيب، والتونسي، والسيوري، وظهر في أيامه. وطارت فتاويه. وكان فقيه وقته أخذ عنه أبو عبد الله المازري، له تعليق كبير على المدونة سماه بالتبصرة، وربما اتبع نظره فخالف المذهب فيما ترجح عنده فخرجت اختياراته في الكثير عن قواعد المذهب توفي سنة 478هـ شجرة النور الزكية: ص117.

واختلف الفقهاء في تأويل الأدلة بين النافين للحرمة، والمثبتين لها إلى فريقين.

الفريق الأول: لا حكم للزنا (لا ينقل الحرمة)

حديث عن عائشة رضي الله عنها أن النبي × سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو بنتها فقال:« لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح حلال[1]»، وهو مرروي عن ابن عمر عن النبي× قال:« لا يحرم الحرام الحلال[2]» لأن ماء الزنا لا حرمة له، والتحريم بالقرابة نعمة.

ويحتمل أن المراد أن حرمة المصاهرة لا تثبت بالحرام، ويحتمل أن المزني بها تحل إذا نكحها.

وقوله تعالى:﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾[سورة النساء الآية:24]، وأيضا فإن الزنا معصية والنعمة (النسب)لا تثبت بالمعصية فلا نسب، فهي 'دة لا يتعلق بها ثبوت النسب، لم يتعلق بها التحريم[3].

القول الثاني: نقل الحرمة

- إن حرمة بنت الزنا كالبنت من النكاح لعموم النص.

- مخلوقة من مائة حقيقة فتكون بنته حقيقة، لا أنها لا تجوز في الشرع[4]،ولقول النبي× في امرأة هلال بن أمية:«انظروها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سمحاء[5]»يعني ولد الزاني.

- أنها مخلوقة من مائه فأشبهت المخلوقة بوطء الشبهة.

- ولأنها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح،وتخلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنته.

- ولقول جريج الراهب للغلام من أبوك فقال فلان الراعي فقد أنطقه الله[6].

الترجيح:

---

(1) السنن الكبرى: أبي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت458هـ)ج7،ص169، دار الفكر.

(2) سنن ابن ماجة: أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ،كتاب النكاح باب لايحرم الحرام الحلال،ص468.

(3) المبسوط للسرخسي: ج3ص206.

(4) بدائع الصنائع: ج2، ص257.

(5) صحيح البخاري كتاب التفسير باب ويدرأ عنها العذاب ج3 ص240.

(6) المغني: ج9 ،ص529،530.

من خلال عرض أدلة الفريقين يظهر أن القول الراجح هو القول الثاني وهو قول الجمهور من الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم وظهورها عند المناقشة، ولأمور منها:

- الأصل في الأبضاع التحريم فكان إذا اشتبه الحلال بالحرام التوقف والأخذ بالأحوط.

- تبعيض أحكام النسب فالنسب في الرضاع ليس كالنسب في القرابة في بعض الأحكام، وكذا النسب بالمصاهرة .

- إختلاف الأحكام فلم يجب بالرضاع ميراث ولا نفقة، وكذا في نسب ولد الزنا.

فقد قضى رسول الله × في إلحاق وليدة زمعة بفراشه، لكن لما رأى شبها بيِّناً بينه وبين عتبة بن أبي وقاص أمر سودة بالإحتجاب من ذلك الولد.

وأخيرا فإن التزوج بابنة الزنا من مائة أمر تنفر منه الطباع وتأباه العقول، وإن قيل أن لا حرمة بين الزاني وبنته من الزنا، لكن عند مباشرة التزوج أمر فضيع ولا يستقيم، ولا تسقيم معه الحياة، إذ أن المحافظة على الأنساب كالمحافظة على الأديان؛ لأن حفظ النسب من الكليات الخمس.

وقد أفتى الإمام أحمد بن حنبل: أنه إن فعل ذلك يقتل[1]، فيمن تزوج بنته، وتفريعا على قول النبي × في امرأة هلال بن أمية:«إن جاءت به كذا وكذا فهو لفلان (المتهم بالزنا)». أنها مخلوقة من مائه فأشبهت المخلوقة من وطء الشبهة، ولأنها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح[2].

- معاملة الشرع الحنيف للزاني بأشد ما يعامل به عاص، فحُرِم من النسب، وحُرِم من المحرمية لا هو محرم ولا هو أجنبي، امتثالا لقول الشارع "وللعاهر الحجر"،وفعل النبي × عندما أمر سودة بالاحتجاب منه فما رآها حتى لقي الله [3].

المطلب الثالث: إجهاض ولد الزنا والإغتصاب في الفقه والقانون

---

[1] مجموع الفتاوى: ابن تيمية ج 32 ص 88 اعتنى بها وخرج أحاديثها عامر الجزار، أنور الباز، دار الوفا للطباعة والنشر والتوزيع جامع المنصورة ط1426/1هـ 2005م.

[2] الشرح الكبير: ابن قدامة ج7ص484.

[3] صحيح البخاري: كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات،ج2ص5.

الفرع الأول: الإجهاض وحكمه

أولا: تعريف في اللغة والإصطلاح

أ . تعريف الإجهاض في اللغة

جهض (الجيم والهاء والضاد) أصل واحد وهو زوال الشيء عن مكانه بسرعة أجهضت الناقة إذا ألقت ولدها، فهي مجهض، أجهضْنا فلانا عن الشيء: إذا نحيناه عنه وغلبناه عليه[1].

أجهضت الحامل: ألقت ولدها لغير تمام، وفي الحديث فأجهضت جنينها فهي مجهض ومجهضة الجهض: الولد السِّقط والجِهيض[2].

ب . تعريف الإجهاض عند الفقهاء

ت عادة فقهاء المذاهب في عباراتهم عدا الشافعية في استعمال كلمة إسقاط مكان إجهاض وكذا إملاص، وهو:« إسقاط المرأة جنينها قبل تمامه، سواء كان ذلك بنفسها كصيام أو شرب دواء، أو كان من غيرها كضرب، أو سماع خبر مخوف، أو شم شيء يؤثر في إسقاط الحمل[3]».

ج – حكم الإجهاض

يرجع في تحريم الإجهاض إلى مراحل نمو الجنين فاعتبر الحنفية وقوع الإثم بإستبانة خلق الجنين فإن لم يستبن فلا شيء في ذلك، وقول آخر للحنفية يقضي بالإثم إذا لم يوجد سببا وعذرا. واعتبروا لحوق الإثم فيمن أسقطت بلا عذر، قياسا على المحرِم إذا كسر بيض الصيد يضمن لأنه أصل الصيد[4].

وللمالكية فيها حُكْمين على التدريج فلا يجوز التعرض للماء حال كونه منيا؛ أي قبل الأربعين، أما بعد نفخ الروح فيحرم إجماعا[5].

---

(1) مقاييس اللغة: أبي الحسين أحمد بن فارِس بن زَكَرِيّا ج1، ص435.

(2) المعجم الوسيط: ص173.لسان العرب: ج3، ص363.

(3) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا: ص72 ، سعدي أبو جيب

(4) تكملة حاشية رد المحتار: ج1 ص 162.

(5) الشرح الكبير : أحمد الدردير ج2 ص266، 267.

قال ابن جزي(*): «وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له، وأشد من ذلك إذا تخلق، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل نفس إجماعا[1]».

ثانيا: حكم الإجهاض قبل وبعد نفخ الروح

أ. حكم الإجهاض قبل نفخ الروح

اختلفت آراء الفقهاء حول حكم الإجهاض قبل نفخ الروح، حتى في المذهب الواحد.

منهم من أفتى بالحرمة، ومنهم من أباح ذلك، ومنهم من قيد ذلك بالعذر المبيح، ومنهم من أطلق.

القول الأول :

للمالكية رأي في عدم إلقاء النطفة وإراقتها كما مر من قبل، تابعهم في ذلك بعض الشافعية.

جاء في نهاية المحتاج: وقد يقال أمَّا حالة نفخ الروح فما بعده إلى الوضع فلا شك في التحريم وأما قبله فلا يقال إنه خلاف الأولى، بل محتمل التنزيه والتحريم، ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ[2]، وفي رأي آخر للحنفية مثله في التحريم قياسا على بيض الصيد للمحرم لأنه أصل الصيد[3].

وعند الحنابلة إذا لم يتصور لاشيء فيه كالعلقة، وفيه أنه مبتدأ خلق آدمي وهو أشبه كما لو تصور، والصحيح أنه لا شيء كالنطفة والعلقة[4].

القول الثاني عند المالكية: يجوز إسقاط النطفة قبل الأربعين يوما، كما له العزل ابتداءا، وهو للخمي من المالكية[5].

---

(1) القوانين الفقهية: ص 183.

(2) نهاية المحتاج :ج8 ص 442.

(3) تكملة حاشية رد المختار: ج1 ص162.

(4) المغني: ج12 ص63،64.

(5) مواهب الجليل: ج3 ص477.

(*)هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزي الكلبي(693،741هـ)(1294،1340م) يكنى أبا القاسم من أهل غرناطة فقيهاً حافظاً قائماً على التدريس مشاركاً في فنون من عربية وأصول وقراءات وحديث وأدب حافظاً للتفسير مستوعباً للأقوال من تآليفه:كتاب وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم وكتاب الأقوال السنية في الكلمات السنية والأذكار المخرجة من صحيح الأخبار،والقوانين الفقهية:معجم المؤلفين:ج3،ص103.

وأفتى بعض المعاصرين بما يوافق ذلك أي:"بجواز الإجهاض إذا لم يكن قد مضى على الحمل أربعون يوما وهي المدة التي يبدأ الجنين بعدها بالتخلق، بشرط أن يكون الحمل ثمرة نكاح صحيح، وأن يكون الإسقاط برضى الزوج، وأن يثبت لدى الطبيب الموثوق عدم استلزام ذلك ضرر بها[1].

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة يتبين أن الإجهاض قد اتفق الفقهاء على تحريمه في حالة التخلق، أما قبل ذلك ودون الأربعين فقد أفتى قلة منهم بجواز التعرض للماء وإراقته والأكثر على أنه لا يجوز.

والأقرب للصواب: هو رأي المانعين للإجهاض منذ بدء التلقيح إذا لم تكن ضرورة، وهو الموافق للفطرة، وهو ما أمرت به الشريعة من المحافظة على النسل وعدم العبث به، والإبتعاد عن أصحاب

هوات الذين يريدون أن يغرقوا بلاد المسلمين بهذه الآفة، آفة الإجهاض لإضعاف نسلهم، والكيد لهم، فإننا إن أجزنا ذلك قبل الأربعين تساهلنا إلى ما بعد الأربعين إلى ما قبل النفخ بقليل فالأفضل الإمساك عن التساهل في مثل هذه الحالات، فإنه من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه، وسدا للذريعة فإن فتح الذرائع ما يوهن قواعد الشريعة.

ب . حكم الإجهاض بعد نفخ الروح

1. حكم الإجهاض من غير ضرورة

اتفقت آراء الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، الذي يكون كما جاء في الحديث الصحيح بعد مضي(120) يوما فقد روى ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعا:«إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع كلمات ويقال له اكتب عمله ورزقه وأجله وشقي أم سعيد ثم ينفخ فيه الروح...[2]» ولا يعلم في ذلك خلاف قال ابن جزي "وأشد من ذلك إذا نفخ في الروح فإنه قتل نفس إجماعا[3]، ويستثنى من ذلك حالة الضرورة فيما إذا تعرضت حياة الأم للخطر، والموت فإنه يجوز في هذه الحالة إخراج الجنين لإنقاذ حياة الأم.

---

[1] مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجا: محمد سعيد رمضان البوطي، ص:89، مكتبة الفارابي،دمشق ط/4/.1988م.

[2] صحيح البخاري: كتاب بدء الخلق ، باب ذكر الملائكة ،ج 2ص 308.

[3] القوانين الفقهية: ص 183 ، الشرح الكبير أحمد الدريدر ج2ص 266-267.

2. حكم الإجهاض عند الضرورة

إن كثيرا من الأحكام الشرعية يؤثر في تكييفها وتماشيها مع الملابسات الجديدة فتتحول من حكم إلى حكم، فالواجب، أوالمندوب أو الحرام أو المباح حسب الظروف "فالضرورات تبيح المحظورات" .

"والحاجة تنزل منزلة الضرورة "، لذلك فإن الإجهاض يتوجب في بعض الحالات لإنقاذ الأم من خطر الموت، وهذا ما أفتى به أعضاء لجنة موسوعة الفقه الإسلامي بدولة الكويت جاء فيه:«واللجنة ترى أنه إذا كان الفقهاء منعوا هتك حرمة جسد الأم وهي ميتة وضحَّوا بالجنين الحي، فإن الحفاظ على حياة الأم إذا كان بقاء الجنين خطر عليها أولى بالإعتبار، لأنها الأصل حياتها ثابتة بيقين، علما بأن بقاء الجنين سيترتب عليه موت الأم وموت الجنين أيضا، وفي الطب الحديث أنه إذا تعذر إجراء عملية قيصرية لإخراج الجنين وإنقاذ الأم فإنه يمكن إجهاضها بواسطة تقطيع الجنين، أو ثقب رأسه وإنزاله ميتا، فيجب مراعاة مقاصد الشريعة التي لا تأبى ذلك»[1].

وقد أفتى الشيخ أحمد حماني(*) فقال:(إذا كان شأن المرأة قد بلغ إلى حد إن حملت مرة أخرى يكون الحمل خطرا عليها، يؤدي بحياتها،وكان هذا الحكم صادرا من ذوي المعرفة والاختصاص والخبرة والتجربة، وليس مجرد قول وتخمين لا أساس له، فإن حياة الأم وهي موجودة محققة تكون مقدمة على حياة الجنين إن تحقق وجود حمل، لأن مصيره ما يزال مجهولا، وقد لا تتحقق حياته إذا تعرضت الأم للخطر المحقق ويذهب معها، فالمصلحة الراجحة هي المحافظة على حياة الأم[2]).

الفرع الثاني: حكم إجهاض ولد الزنا وولد الإغتصاب

أولا: حكم إجهاض ولد الزنا

لم يفرق الفقهاء عند تعرضهم لإجهاض الولد فيما إذا كان نتج من حلال أو حرام، وجاء كلامهم عاما

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية: ج2 ص57.

[2] فتاوى الشيخ أحمد حماني: ج1ص542، ط2001/1م منشورات قصر الكتاب، الجزائر.

(*) حماني:هو أحمد بن مسعود بن محمد حماني ، ولد بالميلية سنة 1330هـ سبتمبر 1915م،حفظ القرآن وتعلم العربية في قسنطينة ، ارتحل إلى تونس وتحصل على الأهلية والعالمية سنة 1945م ترأس المجلس الإسلامي الأعلى بين سني 1972،1989م عضو مجلس الإفتاء بالجزائر ،جمع فتاويه ابنه الشيخ عمر حماني في ثلاثة أجزاء أنظر فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية ج2 ص 601، 604.

دون التفريق بين الجنين الناتج عن علاقة شرعية في نكاح صحيح، أونتج عن علاقة آثمة.

وقد تعرض صاحب كتاب: نهاية المحتاج إلى هذه المسألة دون أن يعطي أحكاما، حيث جاء فيه:" لو كانت النطفة من زنا فقد يتخيل الجواز"[1].

هذا الكلام هو بين الجواز والمنع، بين الحلال والحرام، فلا يكون إلا الكراهة رغم أنه لم يصرح بذلك، وهناك نص في حرمة الإجهاض من قبل الأربعين ولو كان من زنا وهو لبعض المالكية وفيه: "ولا يجوز للمرأة أن تفعل ما يسقط ما ببطنها من الجنين ولو من زنا."[2]

قال القرضاوي: إذا كان الإسلام قد أباح للمسلم أن يمنع الحمل لضرورات تقتضي ذلك فلم يبح له أن يجني على هذا الحمل بعد أن يوجد فعلا، ولو جاء من طريق حرام، بالإضافة إلى الجنين لا ذنب له[3].

وجاء عن بعضهم:« إن الجنين يملك حق الحياة منذ أن يتم العلوق لا يمنعه من أن ينال حقه شيء، ولا يضره في ذلك ما اقترفه الأبوان من الإثم لقول الله تعالى:﴿ وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام الآية 164]وقال: "وبقطع النظر عن جريمة أبويه تستطيع أن تتبين شناعة الظلم الذي يقع عليه عندما يضيفان هذان الأبوان أو الأم إلى الوزر الذي ارتكباه في اقترافها الفاحشة، وزورا آخر ها استلاب الجنين البريء حق ملكية الله إياه ألا وهو حق الحياة فلا يجوز أن يسلب منه بحال من الأحوال في سبيل أن تزيل الأم وشريكها آثار جريمتها[4].

والأحكام تتغير بين كون الفعل في حالة معينة دون الأخرى، ولذلك استفاضت فتاوى الفقهاء في منع صلاة القصر وكذا المسح على الخفين في سفر المعصية [5]، هذا في حالة الأخذ بالرخصة من عدمها في أمر واجب، فكيف الحال في أمرين كليهما محرم (الزنا والقتل) والثاني أشد حرمة.

---

[1] نهاية المحتاج: الرملي ج8، ص 442.

[2] حاشية علي العدوي على مختصر خليل: ج3، ص 225 دار صادر بيروت لبنان.

[3] الحلال والحرام في الإسلام: يوسف القرضاوي ص178،مكتبة وهبة،القاهرة،ط24/1421هـ 2000م.

[4] مسألة تحديد النسل: محمد سعيد رمضان البوطي ص 174-175.

[5] مواهب الجليل :ج1ص320 ، ج2ص140.

وجاء في القواعد: الرخص لا تنال بالمعاصي، وعلى من شربت دواء فأسقطت ففي قضاء الصلاة أيام نفاسها قولان وهذا تخريجا على القاعدة[1].

فكذلك الحال في مسألة إسقاط الجنين من الزنا ليس كإسقاطه من الزواج الحلال، فإن رخص في إسقاط حمل النكاح فإنه لا يرخص في إسقاط حمل السفاح.

ونجد أن النبي × قد راعى حياة الجنين وبقائه وقصة المرأة الغامدية التي ردها × حتى تضع ما في بطنها وبعد الولادة حتى ترضعه وتفطمه، وبعدما رجعت والصبي بين يديها وفي يده كسرة من خبز دفع النبي × إلى أحد المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها[2].

وهذا الدليل من السنة أصل في اعتبار حياة الجنين وعدم إجهاضه منذ العلوق إلى حين الوضع بل إلى الفطام، أما ما قبل العلوق (قبل أن يكون علقة) فإن أكثرية الفقهاء لم يجيزوا ذلك إلا بشروط وفي ظروف خاصة.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: وأرجح أيضا عدم جواز الإجهاض بمجرد بدء الحمل لثبوت الحياة وبدء تكون الجنين إلا لضرورة كمرض عضال، أو سار كالسل أو السرطان، أو عذر كأن ينقطع لبن المرأة بعد ظهور الحمل وله ولد ليس لأمه ما يستأجر به الضرر ويخاف هلاك الولد[3].

كما أن في إجهاض ولد الزنا تشجيع على الزنا، ومناقض لقاعدة سد الذرائع[4].

وهذا الرأي مقاربا لما جاء في توصية ندوة "الإنجاب في ضوء الشريعة" المنعقدة بالكويت 24 مارس 1983م، حيث جاء في توصيتها السابعة: "استعرضت الندوة آراء الفقهاء السابقين وما دلت عليه من فكر ثاقب ونظر سديد وقد استأنست الندوة بمعطيات الحقائق العلمية الطبية المعاصرة فخلصت إلى أن الجنين حي من بداية الحمل وأن حياته محترمة في كافة أدوارها خاصة بعد نفخ الروح وأنه لا يجوز العدوان

---

(1) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،ص178،180 القاعدة الرابعة عشر تخريج وتعليق وضبط خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان، دار الفكر،لبنان ط3، د ت ط.

(2) صحيح مسلم كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى ج2،ص 52.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ج3 ص 557 ط2، 1405هـ-1985م دار الفكر.

(4) مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية، محمد علي البار ص66،الدار السعودية للنشر والتوزيع ،ط1405/1هـ1985م.

عليها إلا للضرورة الطبية القصوى، وخالف بعض المشاركين فرأى جوازه قبل الأربعين يوما، وخاصة عند وجود الأعذار[1].

والذي أميل إليه هو ترجيح تحريم إجهاض الولد شرعيا كان أو غير شرعي، لعموم الأدلة التي وردت في ذلك وفيها نصوص نبوية في حرمة حياة الجنين في جميع مراحله؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقم الحد على الزانية حتى وضعت ولم يسألها عن عمر الحمل، ولأن هذا الجنين لا ولاية له من جهة أبيه ولا يجوز للأم أن تستقل بذلك لأ نا لا تملك أية ولاية على الطفل، لا بحكم كونه جنينا ولا وليدا، والحاكم ولي من لا ولي له، ولذلك يشترط لجواز الإجهاض موافقة الحاكم ولا يجوز للحاكم أن يوافق على ما ليس فيه مصلحة للطفل وهو جهضه وقتله بغير ذنب؛ وإنما مصلحته في الولادة والبقاء[2].

وسدا لباب الذريعة فإن الذرائع إذا فتحت ولج الناس فيها وإنما يمنعهم من ذلك (الزنا) نشوء الحمل وحرمة حياته، فإذا شُرع التخلص من هذا الحمل الذي سيكشفها أمام الناس، فإن العقبة التي كانت تمنع عن الفاحشة قد زالت.

أن الاعتداء على النطفة الملقحة حالة نموها وحياتها اعتداء بغير حق، فلو تركت العلقة والمضغة لصارت آدميا وبالتالي ينفخ فيها الروح، ويتحقق له البعث يوم القيامة فجميع أطوار الجنين فيها حياة محترمة كما أن هذا الفعل هو تغيير لخلق الله[3]،لقوله تعالى:﴿وَءَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾[النساء الآية 119]. وموافقة لقوله تعالى:﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[سورة الانعام الآية 164].

فلا تتحمل نفس وزر غيرها مما لم يكن لها يد في كسبه، أو التسبب فيه، فالجنين بريء ولا مسوغ في الشريعة الإسلامية من إجراء الإجهاض إلا لأجل إخفاء الجريمة والفضيحة.

---

[1] الاستفادة من الأجنة لمجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء إعداد :د.عمر سليمان الأشقر، نقلا عن أعمال ندوة "الإنجاب في ضوء الإسلام "ص351. ظر مجلة المجمع الفقهي العدد6ص 1458، القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إعداد أ.د .سعد الدين هلالي 1425هـ 2004م ص17.

[2] الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي د. عائشة أحمد سالم حسين ص 380-381 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1429هـ ،2008م.

[3] مجلة البحوث الإسلامية: حكم الجناية على الجنين عدد 63 ص266 د. عبد الله بن عبد العزيز العجلان.

ثانيا: إجهاض ولد الإغتصاب:

إن ولد الإغتصاب هو ولد زنا، لكن تتغير أحكامه كما أشرت إلى ذلك في الفرق بينه وبين ولد الزنا، ومن هذه الفروق أن الفقهاء اختلفوا في حرمة إجهاض هذا الحمل، لأن المرأة كانت مكرهة بدون إرادتها وفوق طاقتها، كما أنه يسبب لها حالات من القلق والمرض، وهي كونها لا ترغب في هذا الحمل مما سيكون لها عقابا وضررا على صحتها، وعقلها، ودينها، فكان اختلاف الفقهاء في ذلك.

فتوى الشيخ القرضاوي في إجهاض المرأة المغتصبة عند انعقاد المؤتمر الإسلامي العالمي لحقوق لرعاية حقوق الإنسان في البوسنة والهرسك في زغرب في19/18 سبتمبر 1992م جاء فيه:

1 – الأصل في الإجهاض الحرمة والمنع منذ عملية التلقيح؛ حيث ينشأ الكائن الجديد ويستقر في القرار المكين وهو الرحم ولو كان هذا الكائن نتيجة اتصال محرم كالزنا.

2 – هناك من الفقهاء من يجيز الإجهاض إذا كان قبل الأربعين الأولى من الحمل، وبعضهم يجيزه حتى قبل نفخ الروح وكلما كان العذر أقوى كانت الرخصة أظهر، وكلما كان قبل الأربعين الأولى كان أقرب إلى الرخصة.

3 – ولا ريب أن اغتصاب الحرة المسلمة من عدو فاجر معتد آثم عذرا قويا لدى المسلمة، ولدى أهلها، وهي تكره هذا الجنين والذي هو ثمرة الاعتداء وتريد التخلص منه، فهذه رخصة يفتى بها للضرورة وخاصة في الأيام الأولى من الحمل.

4 – على المسلمة التي ابتليت بهذه المصيبة في نفسها أن تحتفظ بهذا الجنين دون أن تجبر على إسقاطه وإذا قدر له أن يبقى في بطنها المدة المعتادة للحمل ووضعته فهو طفل مسلم [1].

وقال آخرون: أما إذا كانت مستكرهة أو غير متزوجة وخافت على نفسها الهلاك والموت نتيجة الحمل، فالإجهاض رخصة لها كغيرها في نكاح صحيح [2].

---

[1] فتاوى معاصرة (من هدي الإسلام) الدكتور يوسف القرضاوي ج2، ص:610، ط3 / 1413هـ، 1993م، دار الوفاء للطباعة والتوزيع المنصورة، مصر.

[2] مسألة تحديد النسل: البوطي، ص:151-152.

الترجيح: والذي يظهر من هذه الأقوال أن المسألة مبنية على الرخصة بقدر خوفها على نفسها من الهلاك في بقاء الجنين أو في عملية الإجهاض يراعى في ذلك.

الفرع الثاني: إجهاض ولد الزنا في قانون العقوبات الجزائري

أشار المقنن الجزائري في القسم الأول من الفصل الثاني من قانون العقوبات إل جريمة الإجهاض وعقوباتها(من المادة 304إلى المادة 313 ق . ع) وشدد على فاعليها بأي صفة كان وبكل طريقة تمت ولو أجهضت المرأة نفسها.

أولا: وقوع الإجهاض عن طريق الغير

جاء في المادة 304قانون العقوبات (كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات...)يعتبر الجاني فاعلا أصليا ولو اقتصر دوره على إرشاد المرأة الحامل على الوسائل التي تؤدي إلى الإجهاض سواء وُجد الحمل أم لم يوجد، وسواء رضيت الحامل أم لا،كان الإعتداء بالعنف أم مجردا عنه، فكل هذه التصرفات لم يفرق بينها المقنن وجعل لها عقوبة واحدة.

كما أنه يعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض، حددت المادة نفسها العقوبة المقررة باعتبارها جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس(من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من500 إلى000 10د ج)[1].

وتشدد العقوبة على فعل الإجهاض إذا أدى ذلك إلى موت الحامل: (وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ، وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة)، ويتبين لنا من خلال النصوص القانونية أن المقنن ساوى في العقوبة بين أعمال الفاعل وأعمال الشريك؛ فاعتبر الجاني فاعلا أصليا في الجريمة سواء كان دوره القيام بفعل الإجهاض كله، أو جزء منه، أو اقتصر دوره على إعطاء مأكولات أومشروبات أو أدوية كما ساوى بين الإجهاض بطريق العنف وغيره من الوسائل[2].

وإذا تبين أن الجاني اعتاد ممارسة هذا الفعل فإن العقوبة تشدد أيضا،جاء في المادة (306): إذا ثبت

---

[1] قانون العقوبات مدعما بقرارات المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2009 ، ت . عبد الكريم ،ص113 دار الجزيرة للنشر والتوزيع.

[2] جريمة إجهاض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة، مصطفى عبد الفتاح لبنة، ص 385، 386 ـ دار أولى النهى للطباعة والنشر، ط1 ،1996م، بيروت لبنان.

أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة (304ق.ع) فتضاعف العقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى).

ثانيا: وقوع الإجهاض من الغير ذي الصفة

نصت المادة(306ق.ع) على عقوبة من ارتكب هذه الأفعال بأوصافهم وهم الأطباء والقابلات وجراحو الأسنان، والصيادلة، وطلبة الصيدلة، ومستخدمو الصيدليات، ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية، والممرضون والممرضات، والمدلكون والمدلكات، الذين يرشدون أو يسهلون أو يقومون بالفعل، فإنهم تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين(304) و(305)، وشددت أيضا في الفقرة من المادة (306) بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة (23) من قانون العقوبات كما يمنع من الإقامة كعقوبة تكميلية[1].

والتشديد في العقوبة يطال كل من يخالف الحكم القاضي بحرمانه من ممارسة مهنته بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة (306)بالحبس من ستة أشهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر وبغرامة من1 000 إلى 10 000 دج، مع الحكم عليه بالمنع من الإقامة.

وبالإضافة إلى هذا كله فإنه يواجه عقوبة وجوبية (المادة 311ق ع) تتعلق بمنع الأطباء والقابلات من ممارسة أية وظيفة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت ، إذا حكم عليهم في إحدى جرائم الإجهاض التي نص عليها القانون[2].

وفي حالة الضرورة وكان الإجهاض بسبب طبي، من أجل إنقاذ حياة الأم من الخطر واستوجب الأمر ذلك، فإنه لايعتبر جريمة، ولا يلاحق الطبيب أو الجراح قضائيا، متى أجرى ذلك في غيرخفاء وبعد إبلاغ السلطات الإدارية (المادة 308ق ع).

ثالثا: وقوع الإجهاض عن طريق الحامل نفسها

نصت المادة: (309 ق ع) على هذه الصورة وذلك بأن تجهض المرأة نفسها فقد جاء فيها «تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 10 000 دج المرأة التي أجهضت

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص ،محمد صبحي نجم ، ص63.

(2) نفس المرجع، ص63.

نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض » ويعتبر الإجهاض من الحامل أيضا إذا ساعدها الغير أو وافقت على ذلك أو تم بدون مساعدة أو قامت بإرشاد غيرها باستعمال طريقة أو وسيلة معينة لإجهاضها فتعاقب بالعقوبة المحددة في المادة (309 ق.ع[1]) أما الغير الذي ساعدها فيعاقب بالعقوبة المقررة في المادة (304 ق.ع)وإذا أدى إلى وفاة الحامل فإنها تطبق عليه العقوبة المقررة في الفقرة الأخيرة من المادة (304) ويعتبر بمثابة الضرب والجرح العمدي المفضي إلى الموتوليس قتل خطأ وهي جناية عقوبتها السجن المؤقتمن عشر سنوات إلى عشرين سنة[2] وفي حالة معاودة الجريمة فإنها تطبق عليه العقوبة المقررة في المادة(305ق،ع).

رابعا: التحريض على الإجهاض

أقر المقنن الجزائري عقوبات لمن يقوم بالتحريض على الإجهاض ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة فقد رتب له عقوبةبالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 000. 10 أو بإحدى هاتين العقوبتين على نحو ما فصلت المادة 310 ق ع للطرق التالية:

-من ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية، أوقام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة، أو باع أوطرح للبيع، أو قدم ولو غير علانية، أو عرض أو وزع في المنازل كتبا أوكتابات أو مطبوعات، أو إعلانات، أو ملصقات، أو رسوما، أو صورا رمزية، أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة، أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.

كل هذه الأوصاف والأفعال رتب عليها المقنن عقوبات متساوية فكل من تكلم بالتحريض والدعاية أو فعل فعلا من شأنه الدعوة إلى الإجهاض كبيع ملصقات أو رسومات، أو كتب وغيرها مما يدعو لنشر وترويج لهذا الأخير، ولم يفرق المقنن بشأن إجهاض الحامل في الشهور الأولى أو قبل نفخ الروح أو بعده، أو حين اكتمال النمو، والأولى به أن يفرق في ذلك فيشدد تبعا لجسامة الجريمة ويخفف عن خفتها، ولا شك فإن مراحل تكوين الجنين من النطفة المخصبة إلى اكتماله وخروجه تام الخلقة.

---

[1] مذكرات في القانون الجزائي الجزائري(القسم الخاص): بن وارث.م،ص156، دار هومة الجزائر2003م.

[2] نفس المرجع ،ص156.


الخـــــاتـمة

الحمد لله أولا وآخرا، والصلاة والسلام على من بعثه الله رحمة للعالمين، وخاتمة الأنبياء والمرسلين بعد هذه الرحلة العلمية يحسن بي ذكر أهم النتائج التي توصلت إليها وبعض الاقتراحات التالية

أولا: /النتائج:

- النسب من أهم محاور الأسرة وأركانها، وركائز المجتمع التي تحافظ على توازنه واستقراره وبقائه.
- أسباب النسب الشرعية ثابتة لا يجوز تغييرها بدعوى تغير الزمان والمكان، إلا في حدود الضوابط الشرعية والقواعد العامة.
- نفى الإسلام كل علاقة خارج رباط الزوجية، وأوجب لها حدا رادعا، وألغى نتائجها.
- البصمة الوراثية مكتشف علمي حديث يعتمد عليه في التحقق من الشخصية، ويستأنس به في إثبات النسب والوالدية، ويعتبر دليلا في مجال الطب الشرعي.
- نسبة الخطأ في تحليل البصمة الوراثية ضئيل جدا لا يكاد يوصف، وهو يرِدُ من ناحية الجهد البشري أو عوامل التلوث وليس من حيث الخطأ في النتيجة والتجربة.
- دراسة الظواهر العلمية والمكتشفات العصرية والإحاطة بخصائصها وجوانبها التقنية حق لكل مسلم، مسايرة للعصر، وعملا بروح الشريعة الداعية إلى استنباط وتكييف الأحكام الملائمة لذلك.
- مراعاة الإسلام للنفس البشرية دون التفريق بين إيمان وكفر، أو طهر وعهر في حرمة الحياة في جميع أطوار تكوين الجنين.
- محافظة الإسلام على أولويات التكفل باليتيم وحضانته وكفالته والقيام بشؤونه على طريقة يكون معها العدل والإنصاف والإحسان.
- تدور الأحكام مع عللها فلم يحرم الشرع شيئا إلا بضرر ينجم عنه، علِمنا ذلك أو جهلناه والوقائع تثبت ذلك بمرور الزمن.
- ضمن الإسلام حقوق الأولاد من الميراث والتبرعات، ورتب الوارثين حسب مكانتهم واستحقاقهم دون ضرر بهم أو بالوارثين حسب الحالات ودرجات الإستحقاق، مع اختلاف جهة الإرث، وما يتبعه من إقرار أو نكران.

ثانيا: الاقتراحات:

- على الدول الإسلامية أن تولي اهتماما بالكشف الفني للبصمات، وإنشاء المراكز الخاصة بذلك تتطابق مبادئها مع مبادىء الشريعة الإسلامية، موازاة مع المعايير المخبرية العالمية الخاصة،كالتأهيل البشري والوسائل العلمية الخاصة.

- على الدول الإسلامية إدخال فرع متخصص لدراسة الظواهر العلمية الآنية، ومنها البصمة الوراثية ضمن برامج التعليم في المراحل المختلفة.

- التشديد على ضبط قواعد لأخلاقيات المهنة، وتدعيم ذلك بانتقاء ذوي النزاهة والكفاءة العالية وتأهيل الخبراء للعمل في مخابر التحليل الطبي، والكشوفات المخبرية في جميع الأغراض.

- أن تكون تلك المختبرات تابعة للدولة وهو الأولى للإبتعاد عن الربح والمنافسة فإن اقتضى مختبرا خاصا فليكن تحت إشراف الدولة بالشروط والضوابط والمعايير الخاصة.

- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية، بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية؛ حرصا على سلامة تلك العينات، وضمانا لصحة النتائج مع تدوين هذه المعلومات على وثائق للرجوع إليها عند الحاجة وعدم إفسادها.

- عمل البصمة الوراثية بعدد أكبر من الطرق، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية لضمان صحة النتائج وعدم الإرتياب والتحقق بنسبة عالية.

- أن يجري اختبار البصمة الوراثية مسلم عدل؛ لأن قوله شهادة وشهادة غير المسلم مردودة وشهادة الفاسق غير مقبولة.
- اختيار الخبراء على أساس الخبرة أولا وأخلاقهم ثانيا، مع مراعاة عدم القرابة، فإن كان ثمة قرابة تعيَّن أن يقوم بالإختبار غير قريب.
- اعتماد الدولة مخابر معدة للكشف الطبي والمخبري على مستوى كل مستشفى جامعي يسهل على المواطن، ويعجل فصل الخصومة وسرعة التعرف على المتهم دون عناء التنقل مع تحمل الدولة نفقات التحاليل.
- اعتماد طريقة التسجيل المغناطيسي للبصمات، والمحتوى الوراثي للجينات في بنوك يسهل الرجوع إليها عند الحاجة، مع مراعاة عدم إفشاء السر المهني إضرارا بمصالح الناس والتنبؤ بالمستقبل الصحي للعمال.
- أن يتم أخذ عينات الدم وبقايا سوائل الجسم اللعابية من المجرمين الخطرين دون النظر إلى موافقتهم أو ممانعتهم لذلك.
- أن يكون إجراء الإختبار في مجال النسب بطريقة اختيارية ولا يجبر إلا في حدود دعوى الإعتداءات الجنسية وما شابه ذلك.

- الحد من انتشار ظاهرة الزواج العرفي مع إصدار تعليمات لأئمة المساجد بمسك سجلات خاصة يرجع إليها عند الحاجة للحد من الأولاد فاقدي النسب.
- إستصدار قرار إلزامي بإجراء البصمة الوراثية للأطفال اللقطاء و مجهولي النسب لمعرفة أنسابهم عند البحث عن أهلهم أو لمعرفة أمهاتهم لانتسابهم إليهن شرعا، وعدم اختلاط الأنساب عند الزواج والميراث والمحرمية.

هذا ما توصلت إليه بمنه تبارك وتعالى وكرمه وتوفيقه.

راجيا المولى عزوجل التوفيق والسداد، وجبر النقص وإلهام الصواب والرشاد، وأن يجنبني الزيغ والزلل، فإن وفقت فبفضل الله ورحمته، وإن زللت فأرجو من الله السداد ومن أساتذتي التنبيه وحسن التوجيه، وما توفيقي إلا بالله.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وسلم كثيرا إلى يوم الدين، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.


المـــــــلاحـــق

توصيات الملتقى(في الإثبات ADNحول البصمة الوراثية) مجلس قضاء سطيف

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشراف المرسلين

توصيات الملتقى(في الإثبات ADNحول البصمة الوراثية) المنظم من طرف مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين سطيف خلال يومي09و10افريل 2008 بدار الثقافة هواري بومدين سطيف.

إن اللجنة المنبثقة عن الملتقى قد توصلت في ختام الندوة إلى ما يلي:

بعد الاستماع إلى كلمات الافتتاح من السادة الرئيس والنائب العام لدى مجلس قضاء سطيف ونقيب المحامين سطيف وهي كلمات الافتتاح التي تمنت للجميع التوفيق في البحث في مدى حجية البصمة الوراثية علميا وشرعيا وتشريعا، بعد متابعة عروض السادة المحاضرين التي توصلت في مجملها إلى نسبة حجية البصمة الوراثية هي99,99% عند الإثبات و100% عند النفي لذلك اعتبرت البصمة الوراثية وسيلة إثبات للجريمة والنسب إلا أن هناك اختلافا فقهيا حول إثبات عكس نتائج اللعان وحول إسناد الولد الغير شرعي لوالده البيولوجي مع ملاحظة وجود فراغ قانوني في الجزائر فيما يخص الإثبات الجزائي عن طريق البصمة الوراثية لذلك رأى المحاضرون وجوب ملئه بعدة اقتراحات عرضوها للمناقشة، بعد تسجيل كل التدخلات والاستفسارات الموجهة للمحاضرين وكل الردود عنها من طرفهم والتي تركزت على الجانب الشرعي والفراغ القانوني في الجزائر.

بعد مناقشة كل ذلك من طرف أعضاء اللجنة رأت اللجنة تثمين الرعاية السامية للندوة من طرف معالي وزير العدل حافظ الأختام، والجهود المبذولة من طرف السادة الرئيس والنائب العام لدى مجلس قضاء سطيف ونقيب المحامين سطيف وكذلك من طرف المشاركين في تنظيم الملتقى وإنجاحه، وبناءا على كل ذلك توصلت اللجنة إلى التوصيات التالية:

أولا: أخذ رأي رجال الفقه للوصول إلى مبادئ شرعية موحدة حول مدى الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات عكس اللعان وفي تحديد مدى مسؤولية الأب البيولوجي خاصة باستلحاق ولده والتكفل به ماديا ومعنويا وبناءا على ذلك الرأي يمكن توسيع قانون الأسرة فيما يخص توضيح شروط اللعان ووضعية الأب البيولوجي من الناحية الشرعية.

ثانيا: تعديل قانوني الإجراءات المدنية والجزائية بما يكفل تخصيص قسم للخبرة الجينية وطرق الأمر بها قضائيا وبيان نتائج رفضها ومدى التزام القاضي بإجرائها وبنتائجها.

ثالثا: مسايرة التشريع الجزائري للتطور العلمي في كل الفروع القانونية وذلك في إطار مبادئ الشريعة الإسلامية خاصة فيما يتعلق بالبصمة الوراثية ضمن منظومة تشريعية وطنية شاملة وموحدة.

رابعا: وبناء على كل ذلك توصلت اللجنة إلى اقتراح المبادئ القانونية التالية:

1/ وجوب إجراء الخبرة الجينية بأمر أو حكم قضائي مسبب ومبين لمهام الخبير وذلك في جرائم محددة على سبيل الحصر بنص القانون ووفق الضمانات القانونية والدستورية .

2/ أن تتم الخبرة الجينية في مخابر عمومية تابعة للدولة منها مخابر جهوية لإجراء الخبرات الجينية الأولية وأخرى وطنية لإجراء الخبرات الجينية المضادة التي يجب أن يتضمنها نص قانوني.

3/ توفير المختصين والوسائل التقنية والمادية لأخذ العينات ونقلها وحفظها وتحليلها.

4/ وضع قواعد قانونية دقيقة تحكم نتائجّ إجراء الخبرة الجينية.

5/ النص القانوني على وجوب إتلاف العينة بعد صدور حكم قضائي نهائي وبان في الدعوى و عدم استعمالها في أي غرض آخر.

وفق الله الجميع إلى ما فيه خير الأمة بتحقيق العدل وفق الدستور والقانون والشريعة.

توقيع أعضاء اللجنة المتكونة من:

القاضين: جمال فوداد، سعيد سماتي — المحامين :محمد عطوي ،محمد غجاتي.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

القرار السابع

بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها

الحمد لله وحده والصلاة والسلام علي من لا نبي بعده، أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة ، في المدة من**21** .**1422/10/26**هـ الذي يوافقه **2002/1/10.5**م، وبعد النظر في التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشر، ونصه (البصمة الوراثية هي البُنية الجينية، (نسبة إلي الجينات أي المورثات) لتي تدل علي هوية كل إنسان بعينه ، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي ، ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غيره).

وبعد الإطلاع علي ما أشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشر بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة والإطلاع علي البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء والأطباء والخبراء ،والاستماع إلي المناقشات التي دارت حوله ، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلي الوالدين أو نفيهم عنهما وفي إسناد العينة (من المني أو الدم أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلي صاحبها فهي أقوي بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع) ،وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي ،وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك وبناء علي ما سبق قرر ما يأتي :

أولاً : لا مانع شرعاً من الاعتماد علي البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر (ادرؤوا الحدود بالشبهات) وذلك يحقق العدالة الأمن للمجتمع ، ويؤدي إلي نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم ، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

ثانياً : أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهي الحذر والحيطة السرية، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية علي البصمة الوراثية .

ثالثاً : لا يجوز شرعاً الاعتماد علي البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها علي اللعان .

رابعاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب علي الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

خامساً : يجوز الاعتماد علي البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية :

1- حالات التنازع علي مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع علي مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

2- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

3- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الوارث أو الحروب ، وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جثث لم يمكن التعرف علي هويتها ، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادساً : لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس ، أو لشعب ، أو لفرد ، لأي غرض ، كما لا تجوز هبتها لأي جهة ، لما يترتب علي بيعها أو هبتها من مفاسد.

سابعاً : يوصي المجمع بما يأتي :

1- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء ، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة ، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص لما يترتب علي ذلك من المخاطر الكبرى .

2- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المختصون الشرعيون، والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف علي نتائج البصمة الوراثية ،واعتماد نتائجها.

3- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج مطابقة للواقع ،وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات(الجينات المستعملة للفحص)بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك.

والله ولي التوفيق وصلى الله علي نبينا محمد.

الفهـــــــــارس

فهرس الآيات القرآنية

	طرف الآية	رقم الآية	
النساء	وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَءَلَامُرَنَّهُمْ	119	.226،40
الانعام	وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ اُخْرِىٰ	164	212،68، 224، .226
الأعراف	يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ	31	.53
	قُلِ اِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا	33	.105
	قَدْ جَآءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ	73	.71
الأنفال	وَاُوْلُواْ ٱلَارْحَامِ بَعْضُهُمُۥٓ أَوْلِىٰ بِبَعْضٍ	75	.165،157
يوسف	وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ	18	86، 122.
	وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنَ اَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ	**26**	.121
الحجر	وَأَرْسَلْنَا ٱلرِّيَٰحَ لَوَٰفِحَ	22	32
الإسراء	رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِالْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰناً	23	167
	وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَقَضِىٰ	32	65
	وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ	36	.84
مريم	فَهَبْ لِے مِن لَّدُنكَ وَلِيّاً ﴿٤﴾ يَرِثُنِے وَيَرِثُ	5، 6	2
النور	وَلَا تَاخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِے دِينِ اِ۬للَّهِ	2	67
	وَالذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَاتُواْ	4	46
	وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ	9،8،7،6	46،42

اسم السورة	طرف الآية	رقم الآية	الصفحة
الفرقان	وَهُوَ ٱلذِے خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَراً فَجَعَلَهُۥ نَسَباً	54	2، 12، 116.
القصص	أَوْ نَتَّخِذَهُۥ وَلَداً	9	53.
	هَلَ اَدُلُّكُمْ عَلَىٰٓ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُۥ	12	178
الاحزاب	اَ۟دْعُوهُمْ ءَلِابَآبِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اَ۬للَّهِ	5	5، 147.
فصلت	سَنُرِيهِمُۥ ءَايَٰتِنَا فِے اِ۬لاَفَاقِ وَفِے أَنفُسِهِمْ	53	104
الجاثية	إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ	29	38.
الأحقاف	وَوَصَّيْنَا اَ۬لِانسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْناًۖ	15	10.
	وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْراًۖ حَتَّىٰٓ	15	21
الحجرات	يَٰٓأَيُّهَا اَ۬لنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنث۪يٰ	13	8، 231.
الواقعة	وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴿٣٦﴾ اِنَّآ أَنشَأْنَٰهُنَّ إِنشَآءً	36،35،34	18.
لمجادلة	إِنُ اُمَّهَٰتُهُمُۥ إِلاَّ اُ۬لےِٕ وَلَدْنَهُمْۖ	2	75.
الممتحنة	فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُومِنَٰتٍ فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ	10	109.
الجمعة	وَءَاخَرِينَ مِنْهُمْ لَمَّا يَلْحَقُواْ بِهِمْۖ	3	77.
الطلاق	وَأَشْهِدُواْ ذَوَےْ عَدْلٍ مِّنكُمْ	2	74،72
القيامة	أَيَحْسِبُ اُ۬لِانسَٰنُ أَلَّن نَّجْمَعَ	3، 4	105.
البينة	لَمْ يَكُنِ اِ۬لذِينَ كَفَرُواْ مِنَ اَهْلِ اِ۬لْكِتَٰبِ	1	71.

فهرس الأحاديث

فهرس الآثار

فهرس الأعلام

فهرس المصطلحات العلمية

فهرس المواد القانونية

فهرس الجداول

فهرس المصادر والمراجع

.القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: الكتب

1. الآبي صالح عبد السميع الأزهري: الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ مكتبة رحاب، الجزائر، د. ت.ط.
2. أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني: مسند الإمام أحمد، مؤسسة قرطبة، القاهرة الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط.
3. أحمد محمد كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، تقديم د محمد هيثم الخياط دار النفائس ط2 / 1427هـ، 2006م.
4. أحمد حماني: فتاوى واستشارات شرعية ومباحث فقهية، ترتيب وتبويب وضبط وتصحيح وفهرسة وتقديم الأستاذ الربيع ميمون، قصر الكتاب ط1/ 2001م.
5. أحمدحسام طه تمام: المسؤولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجنس البشري، الهيئة المصرية العامة للكتاب 2006م، مصر
6. الأستروشني محمد بن محمود بن الحسين: جامع أحكام الصغار،تحقيق د.مصطفى حميدة منشورات علي بيضون ،دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان ط1/، 1418هـ 1997م.
7. أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية. دار النهضة العربية 2006.
8. الأشقر أسامة عمر سليمان: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق دار النفائس ط2/ 1425هـ، 2005م.
9. الأشقر محمد سليمان: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي- دار النفائس – الأردن، ط1/ 1426هـ 2006م.
10. الأصفهاني الراغب: معجم مفردات ألفاظ القرآن للعلامة ،تحقيق الشيخ محمد البقاعي دار الفكر 1430هـ، 2009م .

11. الألباني محمد ناصر الدين: سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف– الرياض.د. ت.ط.
12. الألباني محمد ناصر الدين صحيح سنن النسائي، مكتبة دار المعارف للنشر والتوزيع 1419هـ،1998م. الرياض.
13. الألوسي شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، إدارة الطباعة المنيرية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.ت.ط.
14. الأنصاري زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا أبو يحيى: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب تحقيق دار الكتب العلمية1418هـ.
15. الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب: المنتقى، تحقيق عبد القادر أحمد عطا منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية ،ط1/ 1420هـ ،1999م.
16. البار محمد علي: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع ط1 / 1404هـ /1984م.
17. البار محمد علي: مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية، ص66،الدار السعودية للنشر والتوزيع ،ط1/1405هـ1985م.
18. البخاري محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، ضبط نصه وعلق حواشيه عبد الخالق محمود علام، دار صبح و إديسوفت بيروت لبنان، والدار البيضاء بالمغرب 1428هـ، 2007م.
19. بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
20. بدران أبو العينين بدران أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط1961/2دار التأليف، مصر.
21. البغدادي عبد الوهاب القاضي المالكي: التلقين، دراسة وتحقيق محمد ثالث سعيد الغاني طبع دار الفكر للطباعة والنشر 1421هـ ،2000م.
22. البغدادي عبد القادر بن عمر: خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب، دار صادر بيروت، لبنان، د.ت. ط.

23. البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود محيي السنة: تفسير البغوي، حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر،عثمان جمعة، دار طيبة للنشر والتوزيع ط4/ 1417 هـ، 1997م.
24. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية2002 م.
25. بلحاج العربي: أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، 2007م.
26. بن طاهر الحبيب: الفقه المالكي وأدلته ،مؤسسة المعارف، ط2 /1426 هـ 2005م بيروت لبنان.
27. بلعالم محمد باي: إقامة الحجة بالدليل على شرح نظم ابن بادي لمختصر خليل ، دار ابن حزم ط1/ 1427هـ 2007م.
28. بهنام رمسيس: البوليس العلمي أوفن التحقيق، منشأة المعارف الإسكندرية 1999م.
29. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: الروض المربع شرح زاد المستقنع مكتبة الرياض الحديثة 1390هـ .
30. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتب ،1996م بيروت، لبنان.
31. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: كشاف القناع عن متن الإقناع تحقيق هلال مصيلحي، مصطفى هلال دار الفكر، لبنان 1402هـ.
32. بورقعة سفيان عمر: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية ط1428/1هـ 2007م.
33. البوطي محمد سعيد رمضان: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجا، مكتبة الفارابي ط4 /1988م دمشق.
34. البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر: سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا،مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ 1994م.
35. السنن الكبرى للحافظ أبي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت458هـ)، دار الفكر.
36. ت . عبد الكريم: قانون العقوبات مدعما بقرارات المحكمة العليا مع آخر تعديلات، دار الجزيرة للنشر والتوزيع2009م.

37. الترمذي أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة: سنن الترمذي، تخريج وترقيم وضبط صدقي جميل العطار،دار الفكرللطباعة والنشر1429،1428هـ2008م.

38. التنوخي سحنون بن سعيد: المدونة الكبرى رواية عبد الرحمن بن القاسم دار الكتب العلمية، ط1 /1415هـ 1994م.

39. التهانوى : كشاف اصطلاحات الفنون، تقديم وإشراف، رفيق العجم تحقيق علي دحروج، "ط1 /1996م مكتبة لبنان ناشرون.

40. ابن تيمة عبد السلام بن عبد الله ابن القاسم الحراني: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، تحقيق مكتبة المعارف، الرياض 1404هـ.

41. ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم الحراني: مجموع الفتاوى، اعتنى بها وخرج أحاديثها عامر الجزار، أنور الباز، دار الوفا للطباعة والنشر والتوزيع، جامع المنصورة ط3/1426هـ 2005م.

42. الثعالبي عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبي زيد المالكي: الجواهر الحسان في تفسير القرآن، حقق أصوله وعلق عليه وخرج أحاديثه الشيخ علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي ،مؤسسة التاريخ العربي ،ط1/ 1418هـ1997م،لبنان.

43. الجرجاني علي بن محمد الشريف الحسيني الحنفي(ت 816): التعريفات تحيق د .محمد عبد الرحمن المرعشلي طبع دار النفائس ط 1/ 1424هـ، 2003م.

44. الجعلي عثمان بن حسنين بري المالكي: سراج السالك شرح أسهل المسالك،مؤسسة العصر وزارة الشؤون الدينية، الرغاية ، الجزائر 1992.

45. الجندي أحمد نصر: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي دار الكتب القانونية2006م.

46. الجندي أحمد نصر: موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى 2006م.

47. ابن جرير محمد بن يزيد بن كثير بن غالب أبو جعفر الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن 224-310هـ، تحقيق أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1/ 1420هـ 2000م.

48. ابن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع لبنان نشر دار المعرفة 40 شارع فيكتور هيغو الدار البيضاء المغرب، د.ت.ط.

49. ابن الجوزي جمال الدين أبو الفرج : صفة الصفوة، اعتنى به أيمن صالح شعبان المكتبة التوفيقية،مصر،د.ت.ط.

50. ابن حزم علي بن أحمد أبو محمد: المحلى ، إدارة الطباعة المنيرية لصاحبها محمد منير الدمشقي لأول مرة 1352هـ.

51. حسين عائشة أحمد سالم: الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1/ 1429هـ 2008م.

52. حمزة محمد محمود: إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الاسلامية، دار الكتب العلمية ط1/ 1428هـ2007م.

53. الحصكفي محمد علاء الدين: الدر المختار، دار الفكر: حارة حريك – شارع عبد النور برقيا: فكسي – تلكس: 41392 بيروت، لبنان.

54. الحموي تقي الدين أبي بكر علي بن عبد الله الأزراري، خزانة الأدب وغاية الأرب، تحقيق: عصام شعيتو دار ومكتبة الهلال ط1/ 1987م، بيروت.

55. ابن خلدون عبد الرحمن: مقدمة ابن خلدون دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان ط1 / 1424 هـ 2003م.

56. داودي عبد القادر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة قانونية مقارنة، دار البصائر الجزائر ط1/ 2007م.

57. الدردير أحمد أبو البركات: الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، الناشر دار الفكر بيروت لبنان.د.ت. ط.

58. الدسوقي محمد عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تحقيق محمد عليش دار الفكر.د.ت.ط.

59. الرازي محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح ، ضبط وتخريج وتعليق د.مصطفى ديب البغا ط4/ 1990م دار الهدى، عين مليلة الجزائر. رقم الإيداع القانوني 114/90.

60. الرازي أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الحنفي: أحكام القران، دار الكتاب العربي، بيروت، د ت ط.

61. الرافعي أحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير أحمد بن محمد بن علي الفيومي. اعتنى به الشيخ أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي ط1/1430هـ2009م. بيروت، لبنان.

62. ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد: البيان والتحصيل، تحقيق محمد حجي وآخرون دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان ط2 :1408هـ،1988م.

63. ابن رشد(الحفيد) محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة –بيروت– ط9 / 1409هـ1988م.

64. الرملي محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة 1404هـ 1984م.

65. الريسوني أحمد: نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، دار الكلمة ط1 / 1418هـ، 1998م.

66. الزبيدي محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد العليم الطحاوي 1404هـ1984م.

67. الزحيلى محمد وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الشرعية، مكتبة دار البيان ط 3/ 1428هـ،2007 م.

68. الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر ط2 / 1405هـ،1985م.

69. الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق،ط2 /1425هـ 2004م.

70. الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف: شرح الزرقاني على موطا مالك، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.د.ت.ط.

71. زكريا الأنصاري شيخ الإسلام: أسنى المطالب في شرح روض الطالب تحقيق د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1/ 1422هـ، 2000م.

72. زكريا الأنصاري شيخ الإسلام: حاشية الجمل على المنهج، دار الفكر بيروت د،ت ط.

73. الزمخشري أبي القاسم محمود بن عمر جار الله: تفسير الكشاف، تحقيق وتعليق ودراسة الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، مكتبة العبيكان ط1/ 1418هـ،1998م.

74. زوزو فريدة بنت الصادق: النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات الواقع المعاصر، مكتبة الرشد، الرياض ط1427/1هـ2006م.

75. الزيات ابراهيم، مصطفى أحمد،النجار حامد عبد القادر محمد: المعجم الوسيط – دار الدعوة – تحقيق مجمع اللغة العربية.

76. زيدان عبد الكريم: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة، ط1413/1هـ 1992م .

77. الزيلعي عثمان بن علي الحنفي فخر الدين: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، نشر دار المكتب الإسلامي. 1313هـ،القاهرة .

78. زينب عبد السلام أبو الفضل: العرض القرآني لقضايا النكاح و الفرقة، دار الحديث القاهرة1427هـ 2006م.

79. سامية موالفي: حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989م،رسالة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم الإدارية لسنة 2002،بن عكنون الجزائر.

80. السبيل عمر بن محمد إمام وخطيب المسجد الحرام المدرس بجامعة أم القرى: البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية نشر دار الفضيلة، الرياض،ط1423/2هـ 2002م.

81. سبط المارديني : الرحبية في علم الفرائض وحاشية البقري: علق عليها د. مصطفى ديب البغا،ط8/دار القلم، دمشق، 1419هـ 1998م.

82. السجستاني سليمان بن الأشعث أبو داود الأزدي: سنن أبي داوود، تحقيق محي الدين عبد الحميد تعليقات يوسف كمال الحوت دار الفكر،د. ت. ط.

83. السرخسي شمس الدين محمد بن أبي سهل: المبسوط (483هـ)دار المعرفة، لبنان، د.ت.ط.

84. السعدي عبد الرحمن بن ناصر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان دار ابن حزم، ط/1، 1419هـ، 1999م.
85. سعيد بن منصور موفعة: الموسوعة الفقهية للأجنة و الاستنساخ البشري دار الايمان دار الإسكندرية 2005هـ .
86. سلامة زياد: أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم دار البيارق، بيروت، ط1417/1هـ،1996م.
87. سلامة مأمون: قانون الإجراءات الجنائية، معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبعة 1980م.
88. السمرقندي علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط2/ 1414هـ، 1994م.
89. السنهوري عبد الرزاق أحمد الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة، 1956م.
90. السيوطي جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية تخريج وتعليق وضبط خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان، دار الفكر لبنان ط/3، د ت ط.
91. السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين: تفسير الدر المنثور في التأويل بالمأثور للإمام . تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات الإسلامية ، القاهرة ،ط1، 1424هـ ، 2003م .
92. السيوطي عبد الرحمن جلال الدين: الدر المنثور في التأويل بالمأثور، دار المعرفة، لبنان.
93. السيوطي مصطفى الرحيباني: مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق.
94. الشاطبي أبو إسحاق: الموافقات في أصول الشريعة، شرحه وخرج أحاديثه عبد الله دراز، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية ،ط1424/3هـ/ 2003م بيروت لبنان.
95. الشافعي محمد بن إدريس: الأم، تحقيق دار المعرفة 1393هـ، لبنان.
96. الشافعي محمد بن إدريس: مسند الشافعي، دار الطاسيلي للنشر والتوزيع،1989م.

97. شحط العربي د. عبد القادر الأستاذ نبيل صقر: الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي – دار الهدي عين مليلة.

98. الشربيني محمد الخطيب: مغني المحتاج، تحقيق دار الفكر، د.ت .ط ، بيروت.

99. شلبي محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعيةط4/ 1403هـ -1983م.

100. شلتوت محمود: الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر للإمام، دار الشروق ط1421/18هـ2001 م.القاهرة.

101. الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار: نشر الورود على مراقي السعود1423هـ، 2002م دار المنارة، توزيع دار بن حزم، بيروت.

102. الشنقيطي محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، تحقيق مكتب البحوث والدراسات. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1415هـ 1995م.

103. الشوكاني محمد بن علي بن محمد: تفسير فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، دار الفكر، بيروت ،د .ت . ط.

104. الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله: أحكام الهندسة الوراثية،كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع السعودية 1428هـ 2007م.

105. بن شويخ رشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية: ،دار الخلدونية ط1/ 1429هـ، 2008م

106. ابن أبي شيبة عبد الله بن محمد: مصنف ابن أبي شيبة، ضبط وتعليق سعيد اللحام إشراف مكتب الدراسات والبحوث لدار الفكر.

107. الصاوي أحمد: بلغة السالك لأقرب المسالك ، تحقيق محمد عبد السلام شاهين دار الكتب العلمية 1415هـ 1995م بيروت لبنان.

108. الصعيدي علي العدوي المالكي: حاشية على مختصر خليل، دار صادر . بيروت، لبنان.

109. الصغير أسامة: البصمات وسائل فحصها وحجيتها في الإثبات الجنائي، دار الفكر والقانون 2007م.

110. صقر نبيل: قانون الأسرة نصا وفقها، الأستاذ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع .
111. الصنعاني محمد بن إسماعيل: سبل السلام للإمام دار نور الكتاب ،الجزائر 1428هـ 2007م.
112. الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم: المعجم الكبير للطبراني تحقيق حمدي بن عبدالمجيد السلفي الناشر ، مكتبة العلوم والحكم – الموصل ط2/ ، 1404هـ - 1983م.
113. طهماز عبد الحميد: الأنساب والأولاد، ط 1/ 1408هـ 1987م دار القلم، دمشق.
114. عادل نويهض: معجم المفسرين، مؤسسة نويهض الثقافية، ط21409هـ، 1988م.
115. ابن عابدين محمد أمين: حاشية رد المحتار على الدر المختار ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ط2، 2000م.
116. ابن عاشور محمد الطاهر: تفسير التحرير والتنوير، الطبعة التونسية، دار سحنون للنشر والتوزيع ، تونس . 1997م.
117. ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية،1407هـ بيروت.
118. ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي: الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق سالم محمد عطا-محمد علي معوض،دار الكتب العلمية بيروت2000م.
119. ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي محمد عبد الكريم البكري.المغرب 1387م.
120. عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده: موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، دارالعلم للجميع،ط2006/1م.
121. عبد الحميد محمد محي الدين: أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، دار الطلائع، 2006م.
122. عبد الدايم حسني محمود: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي.ط1/ 2008م.

123. عبد الرزاق أبو بكر بن همام الصنعاني: مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي – بيروت ط2 ، 1403 هـ.

124. عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر.

125. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، ط1426/1هـ، 2005م .

126. عبد القادر بن عمر البغدادي خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب للشيخ. دار صادر بيروت، لبنان، د.ت. ط.

127. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان: وسائل الإثبات في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة 2007م.

128. عبد النبي محمد: الحماية الجنائية للجنين، دار الجامعة الجديدة 2006م، مصر.

129. العبدري محمد بن يوسف بن أبي القاسم: التاج والإكليل لمختصر خليل، نشر دار الفكر 1398 هـ بيروت، لبنان.

130. ابن العربي أبو بكر المالكي: أحكام القرآن، تحقيق رضى فرج الهمامى المكتبة العصرية ط1/ 1424هـ 2003م.

131. العسقلاني أحمد بن علي ابن حجر أبو الفضل: فتح الباري شرح صحيح البخاري : دار المعرفة، بيروت،1379م.

132. علواني إبراهيم: مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، كلية الحقوق جامعة القاهرة.

133. علي الصعيدي العدوي المالكي: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي،دار الفكر،1412هـ بيروت، لبنان.

134. عليش محمد: منح الجليل شرح مختصرخليل،دار الفكر،لبنان 1409هـ1989م.

135. عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية،مؤسسة الرسالة ط1 /1414هـ 1993م.

136. عياض بن موسى أبي الفضل عياض اليحصبي : إكمال المعلم بفوائد مسلم للحافظ تحقيق د. يحي إسماعيل ،ط1 / 1419هـ،1998م ،دار الوفاء، المنصورة.

137. عياض بن موسى اليحصبي القاضي السبتي المالكي: مشارق الأنوار على صحاح الآثار المكتبة العتيقة ودار التراث ، د. ت.ط.

138. العيني: شرح سنن أبي داوود، تحقيق أبي المنذر خالد بن إبراهيم المصري مكتبة الرشد ط1/ 1420هـ،1999م.

139. العيوني يوسف: دراسة نقدية للإثبات في القانون المدني التونسي، رسالة لنبل شهادة الدراسات المعقة في القانون الخاص.

140. الغرياني الصادق: الأسرة، دار بن حزم 1428هـ، 2007م .

141. غنيم كارم السيد: الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء، ط1/ 1418هـ، 1998م، دار الفكر العربي.

142. ابن فارس أبي الحسين أحمد: مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون نشر اتحاد الكتاب العرب 1423هـ،2002م.

143. ابن فرحون أبي عبد الله محمد اليعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام خرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية ط1/ 1416هـ 1995م،بيروت . لبنان.

144. فرج الصدة عبد المنعم: الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ط2 1954م.

145. فضل إلهي: التدابير الواقية من الزنا في الفقه الإسلامي، مؤسسة الريان ط/6 1422هـ ، 2001م .

146. الفيروزابادي محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت .د. ت. ط.

147. القرافي أحمد بن إدريس: الذخيرة شهاب الدين، تحقيق محمد حجي دار الغرب سنة النشر 1994 بيروت، لبنان.

148. القرافي: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق للإمام ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن حسين المكي، ضبط وتصحيح خليل المنصور، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية ط1/ 1418هـ 1998م.

149. القرة داغي علي محي الدين، المحمدي علي يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة ،دار البشائر الإسلامية ط3 /1429هـ،2008م.

150. القرضاوي يوسف: الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة ط24 1421هـ، 2000م.

151. القرضاوي يوسف: فتاوى معاصرة (من هدى الإسلام) دار الوفاء المنصورة، ط3 / 1413هـ، 1993م.

152. القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن دار إحياء التراث العربي، 1405هـ 1985م ،بيروت، لبنان.

153. القزويني محمد بن يزيد أبي عبد الله: سنن ابن ماجة، وبهامشه حاشية السندي ومصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة للبوصيري،تخريج وعناية صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر ،1428،1429هـ 2008م.

154. قطب سيد: في ظلال القرآن، الطبعة الشرعية الخامسة عشر، دار الشروق 1408هـ 1988م.

155. قلعجي محمد رواس: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر لبنان ط1405/1هـ،1985م ط2 هـ1408هـ، 1988م.

156. القليوبي أحمد بن أحمد بن سلامة: حاشيتان قليوبي على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين شهاب الدين تحقيق مكتب البحوث والدراسات دار الفكر1419هـ-1998م، لبنان.

157. القنوجي صديق بن حسن: أبجد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، أعده للطبع عبد الجبار زكار وزارة الثقافة، دمشق 1978م.

158. القيرواني أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق د. محمد حجي دار الغرب الإسلامي ط1/ 1999م.

159. ابن القيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: زاد المعاد في هدي خير العباد تحقيق لجنة التحقيق بمؤسسة الهدى بالقاهرة دار التقوى المنشية الجديدة-شبرا الخيمة ط1/ 1420هـ، 2000م

160. ابن القيم الحوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، شركة دار الأرقم ابن الأرقم 1419هـ، 1999م بيروت لبنان.

161. ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: إعلام الموقعين عن رب العالمين دار الكتب العلمية 1417هـ 1996، بيروت ، لبنان.

162. ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: تحفة المودود بأحكام المولود، دار الفكر، ط1/ 1424هـ، 2004م، بيروت . لبنان.

163. الكاساني علاء الدين: بدائع الصنائع، ط2 /1983م دار الكتاب العربي بيروت.

164. ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع ط2/ 1420هـ 1999م، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

165. الكعبي علي خليفة: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس،ط1/ 1426هـ، 2006م.

166. الكليبولي عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر،حققه وخرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور،دار الكتب العلمية 1419هـ 1998م، بيروت لبنان.

167. لبنة مصطفى عبد الفتاح: جريمة إجهض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة، دار أولى النهى للطباعة والنشر ط1/،1996م، لبنان.

168. لعور أحمد: صقر نبيل قانون الإجراءات الجزائية نصا وتطبيقا،دار الهدى، عين مليلة 2007م الجزائر.

169. محمد علي قطب: في ظلال الحجرات، دار القلم ط2/ 1407هـ1987م، لبنان.
170. محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر 1398م بيروت.
171. المباركفوري محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، للحافظ. أشرف على مراجعة أصوله عبد الوهاب عبد اللطيف من علماء الأزهر، دار الفكر ،د.ت.ط.
172. المحلي حسين بن محمد الشافعي: كشف الأستار عن مسألة الإقرار للحوفي، دراسة وتحقيق د.نصيرة دهينة،دار طليطلة،ط/1،1430هـ2010م، الجزائر.
173. المحمدي علي محمد يوسف: بحوث فقهية في قضايا طبية، دار البشائر الإسلاميةط1، 1426هـ 2005م.
174. المرداوي علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام محمد تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
175. مروان محمد: نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري.
176. مروك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية دراسة مقارنة ، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003م.
177. المزني أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى: مختصر المزني دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ط1 /1400هـ 1980م ط2/ 1403 هـ 1983م بيروت لبنان.
178. مصطفى عبد الفتاح لبنة : جريمة إجهاض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة، دار أولى النهى للطباعة والنشر، ط1 ،1996م، بيروت لبنان.
179. ابن مفلح ابراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقنع تحقيق ، المكتب الاسلامي بيروت 1400هـ .
180. ابن منظور محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري: لسان العرب دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1/ 1428، 1429 هـ، 2008م.
181. الماوردي أبو الحسن: الحاوي الكبير، دار الفكر . بيروت.د.ت. ط.

182. معايطة منصور عمر: الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، المركز الوطني للطب الشرعي عمان ط 2000م.

183. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية ط1425/4هـ2004م.

184. المقدسي ابن قدامة: المغني، دار الكتاب العربي بيروت،لبنان بعناية جماعة من العلماء.د.ت.ط.

185. المقدسي بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم: العدة شرح العمدة،صحح نصوصه وخرجها صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان د.ت .ط.

186. ابن المنذر: الإجماع تقديم مراجعة الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود ، مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية لدولة قطر ،ط1411/3 هـ1991م .

187. المنجد في اللغة والإعلام، المطبعة الكاثوليكية، الطبعة الثالثة والثلاثون1992دار المشرق بيروت.

188. موالفي سامية: حماية الطفل في التشريع الجزائري رسالة ماجستيركلية الحقوق والعلوم الإدارية،بن عكنون، الجزائر.

189. الموسوعة الفقهية الكويتية: إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،الكويت ط1 1421هـ2001م.

190. الموسوعة العربية العالمية، ط2مؤسسة أعمال النشر والتوزيع فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، 1419هـ 1999م.

191. ميارة الفاسي، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي شرح ميارة الفاسي ،تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت،1420هـ، 2000م.

192. النحاس أبو جعفر: معاني القرآن الكريم ،المتوفى سنة 338 هـ تحقيق الشيخ محمد علي الصابوني الاستاذ بجامعة أم القرى مركز إحياء التراث الاسلامي، مكة المكرمة.

193. ابن نجيم الحنفي زين الدين: البحر الرائق شرح كنز الدقائق نشر وتحقيق دار المعرفة.

194. نجم محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص.

195. النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب: سنن النسائي، دار الكتب العلمية، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري ،سيد كسروي حسن ط1/دار الكتب العلمية 1411هـ1991م، لبنان.

196. النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب شرح سنن ذخيرة العقبي في شرح المجتبى محمد بن الشيخ بن علي بن آدم بن موسى الأتيوبي الولّوي، دار بروم، ط1/1424هـ2003م المملكة العربية السعودية

197. النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم المالكي1125هـ: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر1415هـ، بيروت،لبنان.

198. النووي أبو زكريا يحيى بن شرف الشافعي: شرح صحيح مسلم، مكتبة الرشد الرياض ط1/ 1420هـ،1999م.

199. النووي يحي بن شرف الدين: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق المكتب الإسلامي سنة النشر 1405هـ بيروت.

200. النووي يحيى بن شرف: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق دار المعرفة، بيروت.د.ت .ط.

201. الهاجري سارة شافي سعيد: الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل في الفقه الاسلامي ،دار البشائر الإسلامية، ،ط1/،1428هـ2007م. والتوزيع.ط2.

202. بن وارث م : مذكرات في القانون اج.ائي الجزائري القسم الخاص، دار هومة الجزائر2003م.

203. يحيى بن يحيى الليثي : موطأ الإمام مالك، إعداد أحمد عرموش ط2/1397هـ1977م- دار النفائس،لبنان.

ثانيا: المجلات والجرائد والمؤتمرات

- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية.

- مجلة جامعة الملك سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية (1425هـ/2004هـ)

- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة . جدة.

- المجلة القضائية الجزائرية: عدد:1 ص92. 2000م.

- مجلة الحقوق مجلة علمية محكمة ربع سنوية مجلس النشر الكويت السنة العشرون العدد 1مارس 1996م.

- مجلة العدل: عدد41، 1430هـ.

. مجلةالزهراء: العدد 23، 2005م.

- مجلة الجامعة الإسلامية. مجلة الجامعة الإسلامية، عدد62 ،ج30 ص 492.

. مجلة المعيار: عدد 9، 1425هـ، 2004م.عدد:5 1424هـ 2003م.

- مجلة الملف: العدد السابع في 2004/12/30

- مجلة العربي، الكويت، 1979م.

- مجلة منار الإسلام: العدد 4 ربيع الثاني 1409هـ.

- جريدة الشروق اليومي: ليوم 2009.04.29

- جريدة الراية القطرية: 2006/05/29.

. أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني –رؤية إسلامية– المنعقدة في الكويت في الفترة .

. أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي بمكة .المكرمة التي عقدت في الفترة مابين 21،26 شوال و 5،10 يناير 2002م.

- بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون في الطب الإسلامي محمد عبد الجواد، نقلا عن أعمال ندوة "الإنجاب في ضوء الإسلام".

- القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، إعداد أ.د .سعد الدين هلالي 1425هـ 2004م.

سلسلة مطبوعات منظمة الطب الاسلامي، ندوة الانجاب الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الانجاب في ضوء الاسلام ، إشراف وتقديم د.عبد الرحمن العوضي11 شعبان 1403 هـ،ط1992/2م.

ثالثا: مراسيم تنفيذية

1. دستور 1996م.

2ـالأمر رقم 10.05 مؤرخ في 13جمادى الأولى 1426الموافق ل20يونيو 2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

3. الأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

4 . المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 08 رجب1412الموافق ل01/13/ 1992م المعدل والمتمم للمرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 10ربيع الثاني 1391هـ الموافق ل1971/06/3 المتعلق بتغيير اللقب.

5. الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1971م المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

6 . القانون رقم 09/08 المؤرخ في18صفر1429هـ الموافق ل2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

7. الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

8. المرسوم التنفيذي المؤرخ في 1995/10/10 المتعلق بشروط تسجيل الخبراء.

9. الأمر 05. 10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق2005/06/20م المتمم والمعدل للقانون رقم 58/75 المؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق 1975/09/26م المتضمن القانون المدني.

10. الأمر رقم01.09 المؤرخ في 2005/02/25م المتمم والمعدل للقانون 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات.

11. المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/06/06 المتضمن أخلاقيات الطب.

فهرس الموضوعات

الفرع الثاني: تعريف النسب في القانون 8



الملخـــــــــــــــــص

ملخص البحث:

تناول البحث دراسة جانب من جوانب الأسرة هو:« النسب »الذي رغم التطورات العلمية لا تزال جذوره ضاربة، ولا تزال أحكامه التي سايرت القرون الماضية درعا للأسرة، فهو الأساس الذي تبنى عليها الأسر، حث على ذلك النبي × عند اختيار المرأة ليكون ذلك النسيج المتقن لحمته وسداه النسب النقي المنبعث من تلك العلاقات الطاهرة، علاقة الزواج المقدس الذي عبر عنه القرآن بالفراش، واللباس هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وهو كناية عن الستر والسكن والرحمة.

– والانتساب إنما هو حق الرجل وحده فالأب هو أصل ومبدأ النسب وكل ولد يكون من زوجته ينسب إليه ويدعى به، والمرأة تحتفظ بنسبها ولا تفقد نسبها حين تتزوج لتحمل نسب زوجها، ولا يجوز لأي كان أن يأخذ إلا إسم أبويه، اعتبارا بعقد الزواج الذي ينظم العلاقة الزوجية الصحيحة والالتقاء الشرعي ينظمه الإسلام وما ينجر عنه من حقوق شرعية وقانونية. وقد اعتنى الفقهاء بمنظومة الزواج وما يعتبر فيها مما هو ليس منها فذكروا أن ما أخذ اسم الزواج (كان العقد صحيحا أو فاسدا أو شبهة) فإن الآثار تبنى عليه والفقهاء ألحقوا النسب بدافع الاحتياط وتشوف الشارع إلى ثبوت النسب فكانت تصل مدة الحمل عند الفقهاء إلى خمس سنين وإلى سنتين وأربع في غياب الوسائل واعتمادا على التجربة في بعض الحالات وإلحاق النادر بالغالب حفظا للانتساب وسترا للأزواج وسدا لباب ثبوت الزنا وإشاعة الفاحشة.

واعتبر الفقهاء إلى جانب طريق الفراش طرقا أخرى كلها متانة وتيسيرا على العباد في الحفاظ على نسابهم عند فقد من هي أعلى منه رتبة وهي البينة والتي يقصد بها الدليل الكافي لوصل النسب من شهود ومدة كافية لحصول الحمل، ونجد الإقرار الذي يقره الأب ببنوة الابن مجهول النسب، وفي مشروعية القيافة في تعيين الولد بعرضه على القاف هناك شروطا معينة يجب مراعاتها من جميع الجهات من الولد والوالد وشروطا أخرى في القاف أو مجموعة القيافين أصحاب الخبرة حين يبدون رأيهم.

والنسب محور العلاقات الأسرية والروابط الاجتماعية تدور معه أحكام جليلة القدر، رفيعة المعنى والأثر لا تنفك عن معاني شرعية دينية، وأخلاق إنسانية رفيعة، تحافظ على بنيان المجتمع وبقائه وطهارته ونقاوته،وإذا أصاب هذه اللحمة خدش، أو ظن الرجل بأهله فإن وسائل شرعية تمنع ذيوعها وانتشارها، وهي كصمام أمان تحفظ كلا الزوجين وتحافظ على سرهما وهي وسيلة الأربعة شهود الذين يندر وجودهما بالصفة التي أمر الله أو إجراء اللعان الذي لا يكون إلا في أقصى الحالات.

وإذا نفي الولد فإن الشرع يحتاط في أمره لا هو بالولد ولا هو بالأجنبي فله من المحرمية (حرمة الزواج وسقوط الشهادة وعدم القصاص، ويحرم من الميراث والنفقة.

وقد حمى الإسلام هذه الشريحة من الضياع وجعل لمن يحسن تربية من لا والدة له ولا والد (اليتيم) في أعلى مراتب الإحسان ومقام الإنعام وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان.

ولقد أثر انتشار الوسائل الحديثة للتلقيح الاصطناعي، وأصبح وشيكا أن تتغير معه العلاقات ليختلط الحلال بالحرام، وتعددت صور الإنجاب بتغير هذه الوسائل والأطراف التي يمكنها المشاركة في هذه العملية؛ فقد يدخل بين الزوجين عنصرا أجنبيا أو عناصر، ويحرص الأزواج على الإنجاب بأي طريقة بدافع غريزة حب الولد والنسل، إلا أن الشرع الحنيف يبني الأمور على القواعد الشرعية ويبعد كل الطرق المحرمة من تدخل عنصر أجنبي بين الزوجين؛ حتى لا تختلط الأنساب، ليبقى إسم الأم للتي ولدت والأب الذي كان له حق الفراش دون مَن حال بينهما الموت أو الطلاق، أو انعدم عقد الزواج.

وبانتشار وسائل الاتصال أثر ذلك على مفهوم الزوجية وأصبح في مقدور الإنسان أن يعقد زواجه بصور من الاتصالات السلكية واللاسلكية والأجهزة المرئية، وقد أجاز جمعا من الفقهاء المعاصرين ذلك وما ترتب عليه من إلحاق الأولاد، وادعاء وجود الفراش أو استحالته وإمكانه محل تسامح الفقهاء في ذلك، وجمهورهم لم يعتبروا النسب إلا بوجود الفراش.

وفي مشروعية القيافة لتعيين الولد عند جهل نسبه بعرضه على القاف فهناك شروطا معينة يجب مراعاتها، وللرجل الذي يريد أن ينتفي من ابنه بدعوى الزنا أن يملك الدليل الكافي في دعواه أم يكفي في ذلك دعوى مجردة عن الدليل، ومقارنة بالدعاوي التي يجب أن يتوفر فيها عنصر الدليل ، وإذا تراجع وعدل عن رأيه فإن مصير الولد أن ينسب لأبيه بجميع الحقوق .

وإذا نفي الولد فإن الشرع يحتاط في أمره لا هو بالولد ولا هو بالأجنبي فله من المحرمية (حرمة الزواج وسقوط الشهادة وعدم القصاص، ويحرم من الميراث والنفقة.

والكلام عن المستجدات العلمية في علم النسب و الانتساب ينحصر في البصمة الوراثية وعناصرها الرئيسة وخصائصها العجيبة، في مقاومة العوامل الطبيعية من حرارة وجفاف ورطوبة وطول زمان، وهي مع ذلك عطي نتائج لا تتكرر ودقة في الإصابة لا تكاد تخطىء، حتى قيل عنها أنها حجة الله في أرضه.

إن موقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي وإمكان تعارضها أو توافقها مع المبادئ الشرعية العامة يجب أن تدرس حالة بحالة، فوجود الفراش ليس كعدمه والذهاب إلى الملاعنة كحل أعطاه الإسلام للرجل والمرأة كمخرج لهما، ولا يجب أن نلغي فراش الزوجية أو اللعان بدافع التحليل العلمي؛ وقد ظهرت آراء الفقهاء المعاصرين إلى أن البصمة الوراثية لا تعدو طرق إثبات النسب الشرعية أو طرق انتفائه لكن نجد لها بعض التأثر في التقليل من حالات الانتفاء، أما في الإثبات فلا يكون إلا في حالات الجهالة في النسب في شتى الحالات الاستثنائية الواردة كاختلاط المواليد وتلف الأنفس بالهدم والردم والغرق والحرق، واقتفاء آثار المجرمين لوقف إجرامهم وكشف أسرارهم مما يقع على الأسرة من اعتداء.

وقد أدى انتشار هذه الوسيلة العلمية في الوسط القضائي حالة من الحذر والخوف، لصرامة هذا المكتشف في حالات إثبات الاعتداءات الجنسية، عبر هذه القرائن المادية التي تشير إلى أوصاف الجناة وتركيبة الخلايا عند الاختبار والمطابقة.

وتبقى الأمور محل أخذ ورد في قبول أو رفض الخبرة تي يتقدم بها الخبير ليضعها بين يدي القاضي الذي له حرية الرأي بإزاء الخبرة المقدمة إليه حسب الوقائع وملابسات القضية التي يجب أن تدرس لتقدر الأحكام وفق قواعد الشرع دون الخلط.

إن مجريات التقاضي وتقصي الحقائق والبحث عن الحقيقة شغل القاضي في مكافحة الجريمة وإشاعة الأمن واستقرار الأسر وتوفير السعادة برد الاعتبار، وتبرئة المظلوم بكل وسيلة تبين بها وجه الحق.

لا ينبغي لها أن تسود الوسائل المستحدثة الوسائل الشرعية أو تأخذ مكانها، ويستند إليها حين لا بينة شرعية ولا دليل أقوى.

أما الأحكام التي تتعلق بآثار النسب وأحكام ابن الزنا عبر مراحل حياته، فهي تتفق مرة وتختلف مرة أخرى مع غيره منذ كان جنينا له حرمته، ومولودا له حق الحياة، وبالغا له حق التصرف وتولية شؤونه الخاصة وشؤون العامة.

فحين وجوده جنينا يحرم المساس بكيانه بأي نوع من الإسقاط إلا في حالة الضرورة، وحين خروجه في هذه الدنيا من يتولى أمر رعايته وحضانته ورضاعه والإنفاق عليه وهل له مسؤولية على أبويه حين التزوج أو التزويج ومن هو أولى بحضانته إذا فقدت أمه أو أحد حواضنه، ومن هم ذوو محارمه بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بالمعاملات المالية والمادية لو كان أحد أبويه في مجال تهمة السرقة أو القتل أو الشهادة.

فهل يجب في هذه الحالات مراعاة الأبوة أم يجوز تنفيذ الأحكام بناء على أنه مقر النسب.

أما فيما يخص ميراثه فمن يرث ولد الزنا ومن يرثه إذا مات، وفي حالة استلحاق أحد الورثة له وإنكار الآخر فما نصيبه، وفي حال تعدد المستلحقين واختلاف الورثة بين منكر ومقر فإن شريعة الرحمن وسعت جميع الأفراد وضمنت الحقوق والأنصبة في كل الحالات والأزمنة والأمكنة، ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات.

إن الإسلام وإن لم يعترف بنسب الأدعياء فقد دافع عن حقهم في الحياة، وضمن لهم الحياة الكريمة فالله أرحم بعباده ممن يزعم أنه بإعطائه حقوق البنوة قد أحسن صنعا بحماية هذا الولد من عقدة النقص فقد شرع الإسلام أحكاما واضحة جعلها للمنبوذ وضمن له الرعاية والحماية والحرية والنشأة الكاملة والمثالية، ولم يمنع الناس من أخذ المنبوذ وتربيته دون أن تكون له بنوة.

فهو أخ لنا في الدين نحمي كرامته وشخصيته.

وانتسابه الخاص بأبيه(البيولوجي) فلا هو أب له ولا هو بالأجنبي يمنع من القصاص ومن الزكاة وتكون له المحرمية ولا ميراث له؛ تبعيض الأحكام في حقه كما أخبر النبي ×: «هو أخ لك يا عبد بن زمعة واحتجبي منه يا سودة» فلم يراها حتى ماتت.

ومثل هذه المعاملة السامية أفضل من أن يعيش الصغير على نسب مغشوش مزور إذا اكتشفه من بعد كان وقعه عليه أعظم، مع ما يسببه للآخرين من حرمان في الميراث، ومع ما ما ينتهك من حرمات في الوسط العائلي، والمحيط الأسري تتطلع عينه إلى مايحرم عليه، ويأخذ من المال ما ليس له.

فينبغي أن لا نخلط الحلال بالحرام وإلا فلا معنى للنسب بعد ذلك، ولا معنى للزواج ولا معنى لأي علاقة إذا كان اكتساب البنوة أو الأخوة بواسطة نتائج المختبر.

وأخيرا فإن حقوق الأبناء غير الشرعيين قد روعي أشد المراعاة في الشرع الحنيف فقد أوجب حقهم على كل مسلم وحرَّم أعراضهم عن كل ظالم لقوله تعالى﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ....﴾[الأحزاب الآية5] وقال تعالى أيضا:﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ١٠﴾[النساء الآية 10].

ولو علم أولئك الذين يدَّعون حماية هذه الشريحة ما ينالهم من القتل بشتى صنوفه والرمي في المزابل، أو في العراء لكفاهم ما ضمن لهم الإسلام من الحياة الكريمة.

ورغم الوسائل المتاحة اليوم فإنهم لن يصلوا إلى حل أنجع في مصلحة الولد والوالد ووالدته إلا بالرجوع إلى تعاليم ديننا والعض عليها بالنواجذ، مع مراعاة متطلبات العصر. أما الشعور الوجداني والإحساس العاطفي لدى الأبناء غير الشرعيين فلا أحد يملكه ولا سبيل إلى تحقيقه، وتبقى العلاقات لعائلية يشوبها هذا الإختلاف، سنة الله في خلقه.

والنسب مصونا في جميع الأحوال، وكرم النفس بالتقوى والعمل الصالح لقوله ×:«ومن بطأ به عمله لم يسرع به نسبه»[رواه مسلم في صحيحه].

و قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ١٣﴾[سورة الحجرات الآية12].

الكلمات المفتاحية: النسب ـ الزواج ـ القيافة ـ إثبات النسب ـ الوراثة ـ البصمة الوراثية ـ التحاليل الطبية ـ إلحاق النسب ـ ولد الزنا ـ الولاية ـ الميراث الإجهاض.

Le rejeté est pour nous un frère de religion dont nous devons protégeons la dignité, la personnalité et sa descendance de son père naturel (biologique).il ne possède pas de père, n'a pas le statut de l'étranger, n'ouvre pas au droit à la réparation (Qissas) ni à la zakat et ne peut hériter.

Nous ne devons pas mélanger le Licite et de l'Illicite au risque d'estomper la notion de la paternité. Cette pratique pure et supérieure est meilleure qu'une vie de l'enfant basée sur une paternité dupe et fausse qu'il risque de découvrir fortuitement, ce qui peut lui valoir un tort considérable avec tout ce qu'il peut provoquer aux autres de déception et de ce qu'il peut être privé lui de choses licites.

Enfin, les droits des enfants illégitimes ont fait l'objet d'une attention particulière en Islam de sorte que chaque musulman a le devoir d'en prendre soin, de même que l'atteinte à leur honneur est interdite à chacun et ce tel recommandé par Allah « ***Laissez les à leur père, c'est un minimum pour Dieu. Si vous ignorez leur père sachez que ce sont vos frères de religion …..*** » [el ahzab ayat 5]

Ceux qui les tuent de différentes façons, les jettent dans les poubelles ou aux animaux sauvage alors qu'ils prétendent protéger cette frange, qu'ils sachent que l'islam leur assure réellement une existence digne.

Mots clés:

ADN — taux de paterenité — Mariage
Avortement — Enfant illégitime — Génétique .

vol ou de meurtre ou ayant le statut de témoins. Faut-il dans ces cas tenir compte de la Descendance ou appliquer les règles en le considérant de parenté éloignée?

La question de la succession induit les questionnements de : qui doit hériter l'enfant né de l'adultère et qui doit hériter de lui lors de sa mort ? En cas de l'existence d'un second héritier contestant l'héritage, qu'elle serait sa part ? En cas de l'existence de plusieurs héritiers dont certains lui reconnaissent des droits et d'autres les lui contestent, la Charia du Miséricordieux touche tous les individus et assure les droits et les parts partout, dans tous les cas et dans tous les temps. « ***Nous avons honoré les enfants d'Adam et les avons portés sur terre et sur mer et leurs avons procuré les bienfaits*** »

L'Islam, même s'il ne reconnaît pas les paternités des prétendues il a néanmoins défendu leur droit à l'existence et leur a assuré une vie digne.

Allah a accordé sa clémence à tous ses sujets, même ceux qui prétendent avoir le droit de procréation, en assurant une parfaite constitution à l'enfant et en le protégeant du complexe de l'incomplet.
L'islam a institué des règles claires en faveur du rejeté et lui a assuré les soins, la protection, la liberté et une évolution complète et exemplaire. Il n'a nullement interdit aux gens de prendre en charge le rejeté et de l'élever en l'absence d'une paternité reconnu.
L'Islam a protégé cette frange de la déperdition en consacrant à celui qui élève de façon parfaite un enfant sans père ou mère (orphelin) une place supérieure dans l'appréciation de la charité humaine et le place au rang de la félicité. La sanction de la Charité ne peut être que Charité.

aboutissants de l'affaire jugée qui doit être tranchée conformément aux règles de la Charia sans aucune ambigüité.
La procédure judiciaire, la détermination des droits et la recherche de la vérité ont pour objet de lutter contre le crime, inspirer la sécurité et la stabilité en instaurant le bonheur à travers la réhabilitation de l'innocent par tout moyen afin de consacrer la voie de la justice. Pour ce, les moyens nouveaux ne doivent pas prendre le pas sur les voies légales ou se substituer à elles. Le recours à ces moyens n'est utilisé que lorsque l'absence de la preuve légale ou une preuve de rang supérieur est constatée.
Il faut indiquer que ces moyens nouveaux sont porteurs de grandes difficultés liées à leur cout très élevé que ne peuvent supporter les individus qu'avec le concours de l'Etat qui prend à son compte les charges qui en découlent et ce, sans compter son indisponibilité dans toutes région du pays sauf dans un seul et unique centre ; ce qui oblige à une très longue attente des résultats. Pour cela, le recours à ces moyens se limite aux seuls cas extrêmes.

De leur coté, les règles relatives aux conséquences de la paternité et celles relatives aux différents cycles de la vie de l'enfant illégitime, sont parfois convergentes parfois divergentes : dès son état d'embryon il a son intégrité; à sa naissance il a son droit à la vie; à sa majorité il a le droit de disposer de ses affaires privées et de diriger les affaires publiques.
Ainsi, lorsqu'il est à l'état d'embryon est prohibé tout acte portant atteinte à son existence sauf en cas de nécessité absolu. Lorsqu'il nait, son tuteur est désigné, sa garde, son allaitement, sa prise en charge sont assurés. De même la question de savoir s'il a une responsabilité sur ses parents en cas de son mariage et qui est la personne qui doit le materner en cas de décès de sa mère ou l'un de ses tuteurs et qui sont les membres de leur famille légitime. Ajouter à cela les règles relatives aux opérations financières et matérielles si l'un de ses parents est en situation d'accusation de

ses éléments principaux et ses caractéristiques fantastiques de résistance aux facteurs naturels que sont la chaleur, la sécheresse, l’humidité et la durée. Elle donne en dépit de tout, des résultats d’une précision remarquable et semble ne jamais se tromper à telle enseigne qu’elle est assimilée à la preuve d’Allah sur terre
La place qu’occupe l’empreinte génétique en matière de preuve légale dans l’exégèse musulmane et la possibilité de sa divergence ou sa concordance avec les principes légaux généraux doit faire l’objet d’une étude au cas par cas.
L’existence effective de la couche diffère de son absence, de même que le recours à la malédiction en tant que solution prévue par l’Islam à l’homme et à la femme comme issue, ne peuvent être bannis du seul prétexte de l’analyse scientifique.
Les exégètes contemporains pensent que l’empreinte génétique ne peut outrepasser les règles légales de constatation de la paternité ou son absence mais peut avoir un impact certain sur la réduction des cas de démenti.
Cependant, le recours spontané à la détermination de la paternité ne doit concerner que les cas de l’ignorance de la paternité suite à des situations exceptionnelles liées au mélange accidentel des bébés à la naissance, la détérioration des corps à cause des accidents et catastrophes naturels, les noyades et les incendies, ou pour confondre des criminels ou révéler leurs méfaits sur la famille afin de les neutraliser.
La multiplication du recours à ce moyen scientifique dans le milieu judicaire a provoqué une attitude prudence et de peur liée au caractère incontestable et irrécusables des résultats pour prouver les agressions sexuelles basés sur des preuves matérielles qui indiquent clairement la description des auteurs et la composition de la cellule lors de l’examen et de la comparaison.
Le sujet reste cependant l’objet de discussion sur l’acceptation ou le rejet de l’expertise présentée par l’expert au juge qui a la latitude de la confronter aux circonstances, aux tenants et

le Qafi'i, ils existent certaines règles à respecter. Ainsi l'homme qui souhaite refuser sa paternité à un enfant en prétextant l'existence d'un adultère doit détenir une preuve suffisante pour appuyer sa démarche. Néanmoins, une requête dénuée de preuve peut être prise en compte en se basant sur des requêtes similaires assorties de preuves. Cependant, s'il se rétracte et revient sur sa démarche, sa paternité est reconnue à l'enfant avec tous les droits qui en découlent.
Par ailleurs, les moyens modernes qui facilitent l'insémination artificielle ont un impact certain sur la Descendance, ce qui risque à terme de changer la nature des relations sociales et de mélanger le Licite avec l'Illicite. Ces moyens ont permis la multiplication des méthodes et modes de procréation et permis également d'associer un ou plusieurs acteurs étrangers, autres que les parents, à cette opération.
Ces pratiques sont favorisées par le souci des parents d'avoir des enfants de n'importe quelle manière afin de satisfaire l'instinct de procréation et d'assurer une descendance.
Cependant, la Charia organise les pratiques sociales sur la base de la légalité et la légitimité en écartant toutes les méthodes illégitimes qui permettent l'existence d'un acteur étranger ou autre au couple et ce afin d'éviter le mélange de paternité et filiation. Ainsi, la femme qui a procréé préserve son prénom et le père son droit de couche sauf s'ils sont séparés par la mort ou le divorce, ou l'absence de l'acte de mariage.
Si l'enfant est reconnu illégitime, la Charia se prémunit sur son statut de sorte qu'il n'est reconnu ni en tant qu'enfant ni en tant qu'étranger au couple et perd bénéficie des droits liés au mariage reconnu. Le statut de l'étranger au couple lui est appliqué et il ne bénéficie ainsi ni des droits de succession ni de la pension alimentaire ou autres.
Les nouveautés scientifiques pour identifier la Descendance et reconnaître la paternité sont illustrées par l'empreinte génétique,

cas ils assimilent le Rare à l'Ordinaire afin de préserver la paternité, la couvrir et clore la porte de propagation de l'acte immoral.
Les exégètes ont considéré qu'outre la couche, d'autres voies toutes aussi sérieuses et aisées pour les humains, sont utilisées pour préserver leur Descendance lorsque l'absence de la plus évidente d'entre elles est avérée. Il s'agit de la démonstration qui signifie la production,
pour consacrer la filiation, de la preuve nécessaire basée sur les témoins et une période suffisante pour constater la grossesse.
Par ailleurs, la paternité que reconnait un père à un enfant d'origine inconnue ou la légalité de la(Qiafa) pour désigner l'enfant en le présentant au (Qafi'i) requièrent le respect tant par le père que par l'enfant, de conditions liées à plusieurs aspects,. Il en est de même pour le(Qafi'i) ou les ,(Qiafine), lorsqu'ils émettent, sur la base de leur expérience, un avis sur la paternité.
La Descendance constitue l'axe principal des relations familiales et des liens sociaux et est porteuse de principes moraux et de significations supérieurs qui ne diffèrent guère des préceptes légaux et religieux et des qualités humaines élevées. Elle préserve la structure sociale et assure sa pérennité, comme elle préserve sa pureté et sa propreté.
Ainsi, lorsque cohésion sociale subit des écorchures ou lorsqu'un homme nourrit des doutes sur la légitimité de ses proches, des règles légales interdisent sa publicité et sa diffusion, ce qui constitue en soit une sorte de soupape de sécurité protégeant les époux et préservant leur secret. Ces règles se rapportent à l'obligation impossible, pour récuser une paternité, de produire quatre témoins et ce tel qu'ordonné par Allah, ou la mise en œuvre de la Malédiction (Damnation) qui est une mesure appliquée aux cas extrêmes.
Concernant la légalité de la Qiafa pour reconnaître une paternité à l'enfant dont l'origine est inconnue en le présentant devant

Résumé de la thèse

La présente thèse se consacre à l'étude de l'un des aspects de la Famille, celui de la Descendance dont l'enracinement demeure en dépit du développement des sciences et, ses règles qui ont servi des siècles durant, constituent toujours un bouclier voire un blindage pour la Famille.
C'est le fondement sur lequel se construit la Famille. Le prophète Mohamed (QLSSl) n'a pas manqué d'exhorter les gens sur l'importance à lui accorder, notamment à travers le choix de l'épouse afin que ce tissage social raffiné soit fondé sur une paternité pure et des relations chastes et afin que les liens sacrés du mariage soient tels ceux identifiés par le Coran à la « Couche » et à « l'Habit » : «*Elles sont pour vous vos vêtements et vous êtes pour elles leurs vêtements* » ; métaphore qui exprime la Couverture, la Demeure et la Miséricorde.
La Descendance est un droit reconnu à l'Homme seul du fait que le père est l'origine et le principe même de cette Descendance. La paternité de chaque enfant née de son épouse lui est attribuée et ce dernier porte son nom. L'épouse conserve sa filiation et ne la perd pas lorsqu'elle porte la filiation de son époux.
Il n'est permis à aucun de ne prendre que le nom de ses parents au regard de l'acte de mariage qui organise et règlemente les liens justes du mariage, l'union légale ainsi que les droits légaux et règlementaires qui en découlent.
Les exégètes accordent une importance particulière au mariage (que l'acte soit vrai, faux ou putatif) et aux conséquences qui en découlent. De même qu'ils ont entouré la paternité du souci de la prévoyance et du témoignage public sur la véracité du mariage. Ainsi, la période de constatation de grossesse était considérée par les exégètes de deux a quatre ou cinq années en l'absence de moyens de vérification. En se basant parfois sur l'expérience dans certains

UNIVERSITE D'ALGER 1
FACULTE DES SCIENCES ISLAMIQUES
DEPARTEMENT DE CHARIA ET KANOUN

FILIATION DE L'ENFANT NE DE L'ADULTERE

ENTRE LA CHARIA ET LE CODE DE LA FAMILLE ALGERIEN

ETUDE COMPARATIVE

MEMOIRE POUR
L'OPTENTION DE DIPLOME DU MAGISTERE EN
SCIENCES ISLAMIQUES
SPECIALITE: CHARIA ET KANOUN.

Dirigé par :
Docteur : Nassira Dehina

Présenté par l'étudiant :
- Amara djelloul

Les Membres du Jurés

-Dr : kamel okacine	**Président**
-Dr :Nssira dehina	**Encadreur**
-Dr :Ghania kiri	**Membre**
-Dr :Djamel kerkere	**Membre**

م2011-2010
ه1431-1432

UNIVERSITE D'ALGER 1
FACULTE DES SCIENCES ISLAMIQUES
DEPARTEMENT DE CHARIA ET KANOUN

FILIATION DE L'ENFANT NE DE L'ADULTERE

ENTRE LA CHARIA ET LE CODE DE LA FAMILLE ALGERIEN

ETUDE COMPARATIVE

MEMOIRE POUR
L'OPTENTION DE DIPLOME DU MAGISTERE EN
SCIENCES ISLAMIQUES
SPECIALITE: CHARIA ET KANOUN.

Dirigé par :
Docteur : Nassira Dehina

Présenté par l'étudiant :
- Amara djelloul

2011-2010م
1431-1432هـ